

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE
SUR LES
SOCIÉTÉS CIVILES
A FORMES COMMERCIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue

le Samedi 27 Mai 1899, à 1 heure

PAR

Joseph-Paul MASSOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1899

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE

SUR LES

SOCIÉTÉS CIVILES A FORMES COMMERCIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 27 Mai 1899, à 1 heure

PAR

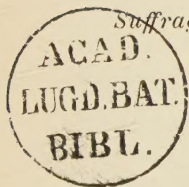
Joseph-Paul MASSOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

Président : M. THALLER.

Suffragants : { MM. BOISTEL,
LE POITTEVIN, } *professeurs.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1899

Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- d'Aguesseau.** — Mémoire sur le commerce des actions de la Compagnie des Indes, Œuvres, t. X.
- Annales de droit commercial.** — Note sous Toulouse, 4^{re} Chambre, 23 mars 1887. Année 1886-87, Jurisprud., p. 180.
- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français.
- Batbie.** — L'action et l'intérêt. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1869, t. 34, p. 328 et 413.
- Baudry-Lacantinerie et Wahl.** — Traité du contrat de société.
- Beudant.** — Du caractère distinctif de l'action et de l'intérêt. *Revue critique de lég. et de jurispr.*, année 1869, t. 34, p. 135 et 412.
— Des origines et du système général de la loi du 24 juillet 1867. Même revue, année 1867, t. 31.
— Note sous Cass. 10 déc. 1879. D. 79, 1, 5.
— Note sous Cass. 29 déc. 1868. D. 69, 1, 73.
- Boistel.** — Précis de droit commercial, 3^e Edition.
- Bouvier-Baugillon.** — Commercialisation des sociétés civiles en commandite ou anonymes antérieures à la loi du 1^{er} août 1893. *Journal des Sociétés*, année 1895, p. 289 et 337.
- Bravard-Veyrières.** — Traité de droit commercial.
- Brésilliou.** — Note sous Toulouse, 23 mars 1887, D. 87, 2, 233.
- Paul Bressolles.** — Liquidation de la Compagnie de Panama. Paris, Rousseau, 1894.
- Cassagnade.** — De la personnalité des sociétés civiles et commerciales. Thèse, Paris, 1883.
- de Casteras.** — Etude sur les sociétés civiles à formes commerciales. Thèse, Aix, 1899.

Cheysson. — Brochure du Musée social au sujet du concours sur les associations, 1898.

Compte rendu du Congrès international des sociétés par actions, 1889. Paris, Rousseau.

Delangle. — Sociétés commerciales.

E. Delecroix. — Traité de la législation des sociétés de mines et spécialement des sociétés houillères. Paris, 1878.

— De la transformation des sociétés civiles en sociétés anonymes. *Revue de législation des mines*, mars-avril 1897.

Derecq. — Des sociétés civiles à formes commerciales. Thèse, Paris, 1884.

Dreyfus. — Des sociétés civiles à formes commerciales. Paris, Thèse, 1887.

Esmein. — Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français.

de Ferrière. — Dictionnaire de droit et de pratique.

Louis Fournier. — De la responsabilité du voiturier. *Gazette du Palais*, 4 juillet 1898.

Frémery. — Etude du droit commercial.

Paul-Frédéric Girard. — Manuel élémentaire de droit romain.

Goudy. — De la personnalité juridique. Thèse, Paris, 1896.

Guillouard. — Traité du contrat de société.

Hauriou. — De la personnalité comme élément de la réalité sociale. *Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence*, année 1898, p. 1 et 119, nos de janvier-février, mars-avril.

— Leçons sur le mouvement social. Paris, Larose, 1899.

Houpin. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales.

de Iehring. — L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, traduit sur la 2^e édition par de Meuleuacre.

Labbé. — Note sous Cass. Req. 21 fév. 1883, S. 84, 4, 361. — J. P. 84, 4, 929.

— Note sous Paris, 15 fév., 17 et 29 août 1868, S. 68, 2, 329. — J. P. 68, p. 1227.

Lacour. — Note sous Paris, 10 juillet 1894, D. 95, 2, 105.

Laurent. — Principe du droit civil français.

Lescoeur. — Législation de société commerciale en France et à l'étranger.

Lyon-Caen. — Note sous Paris, 28 juillet 1868, S. 69,2,205.

— Note sous Cass., 25 mai 1887, S. 88,1,161.

— *Revue du Commerce et de l'Industrie*, 1894, p. 148.

— Du mouvement législatif concernant les sociétés par actions en France et dans les principaux états. *Ann. de dr. comm.*, 1888, p. 72 et 73.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial.

— Traité des sociétés commerciales.

Massot, procureur du roi à Perpignan. — Du droit et de la loi. *Revue de législation et de jurisprudence*, année 1839, t. IX, p. 184.

Mathieu et Bourguignat. — Commentaire de la loi de 1867 sur les sociétés par actions.

Merlin. — Répertoire de jurisprudence, 1807, 5^e édition.

Mestre. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, thèse, Paris, 1899.

Meynial. — Note sous Cass., 23 février 1891, S. 92,1,73.

— Note sous Cass., 3 mars 1892, S. 92,1,497.

Michoud. — De la responsabilité de l'Etat. *Revue de droit public*, 1895, t. I, nos 3 et suiv.

Mongin. — Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité. *Revue critique de lég. et de jurispr.*, année 1890, p. 697.

Naquet. — De la maxime que nul ne plaide par procureur si ce n'est le roi. *Revue crit. de lég.*, ann. 1875, t. IV.

Edmond Piébourg. — De quelques questions sur les personnes civiles.

Paul Pont. — Traité de sociétés civiles et commerciales.

— Examen doctrinal de la jurisprudence sur l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 février 1883. *Revue critique de lég. et de jurispr.*, 1884.

Pothier. — Traité du contrat de société, édition Bugnet.

- R. Saleilles.** — Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand.
— Etude sur l'histoire des sociétés en commandite. *Annales de droit commercial*, année 1895, n° 1. *Doctrine*, p. 10; n° 2-3, p. 49; année 1897, p. 29.
- de Savigny.** — Traité de droit romain, traduction Guenoux, t. II.
- Thaller.** — Traité élémentaire de droit commercial.
— Etude sur les actes de commerce. *Annales de droit commercial*, année 1895, p. 177.
— Transformation d'une ancienne société civile par actions en société commerciale et caractère des opérations d'une société de ce genre dans le droit actuel. *Ann. de dr. comm.*, 1894, p. 129.
— Note sous Trib. civ. Seine, 2^e ch., 9 avril 1886. *Ann. de dr. com.*, 1886-87. *Jurisp.*, p. 70.
- Thiry.** — Les sociétés civiles constituent-elles des personnes juridiques distinctes de celles des associés. *Rev. critique de lég. et jurispr.*, 1854, t. V, p. 412.
— Des rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et le tiers. *Rev. critique de lég. et jurispr.*, 1855, t. VII, p. 289.
- Tiercelin.** — Note sous Paris, 28 janvier 1868, D. 68, 2, 244.
- Toullier et Duvergier.** — Le droit civil français suivant l'ordre du Code, t. 20.
- Troplong.** — Contrat de société civile et commerciale.
- Van den Heuvel.** — De la situation légale d'association sans but lucratif.
- Paul Vandernotte.** — De l'organisation des sociétés civiles dans leurs rapports avec les tiers, thèse, Paris. 1898.
— Droits des créanciers d'une société sur les biens sociaux. *Annales de dr. comm.*, 1898, n° 6, p. 437.
- Vauthier.** — Etude sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français, 1887.
- Vavasseur.** — Traité de sociétés civiles et commerciales.
- Vincens.** — Législation commerciale.
- Vivante.** — Un Code unique des obligations. *Annales du droit commercial*, 1893. *Doctrine*, p. 1.
- Wahl.** — Note sous Paris, 10 juillet 1894, S. 96, 257.

INTRODUCTION

POURQUOI EST EN QUESTION LA LÉGALITÉ DES SOCIÉTÉS CIVILES A
FORMES COMMERCIALES. — OPPOSITION ENTRE LA CONCEPTION
ROMAINE ET LA CONCEPTION MODERNE DE LA SOCIÉTÉ.

La seule idée nécessaire qui soit impliquée par le terme *société* est celle de réunion, de mise en commun. Mais, si on omet de préciser en attribuant une fin à cette mise en commun, la société ne se distingue pas de l'association. Il y a association dès que les hommes unissent leurs efforts ou leurs ressources en vue d'un résultat commun.

L'association est le genre. Il faut qu'un trait particulier marque la société qui est l'espèce. Or, ce trait particulier qui donne sa couleur propre à l'espèce société n'est pas nécessairement identique dans toutes les législations (1).

(1) Signalons à l'appui de cette idée, le code civil allemand, article 703, et le code fédéral suisse des Obligations, article 324, qui, à la différence de l'article 1832 du Code civil français, admettent que la société ne doit pas *nécessairement* avoir un *but lucratif*.

A-t-il été marqué pareillement par la législation romaine et par la nôtre ? On ne saurait le soutenir. Il nous paraît certain qu'à dire *société* on ne parle plus tout à fait la même langue. L'idée de société se précise aujourd'hui d'autre façon. Les lois romaines n'ont donné nulle part une définition de la société (1), mais quand elles contiennent quelque vue à cet égard, c'est pour souligner les rapports d'amitié et de confiance réciproque que doit engendrer la société..... « cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat » (2). On peut dire qu'à Rome le but particulier de cette espèce d'association est *la jouissance directe, procurée aux associés, du fonds commun réuni*.

Or, pour le Code civil, le fonds commun n'est pas réuni en vue de l'utilisation directe par les associés, il est réuni pour la production de bénéfices. *Produire des bénéfices*, tel est le but de la société moderne, tel est le principe posé par le législateur dans la définition donnée par l'article 1832 du Code civil (3).

Il y a là une différence profonde de point de vue.

L'état économique qu'a dû régir la loi romaine explique la conception qu'elle eût de la société. La so-

(1) V. Troplong, *Contrat de Société civile et commerciale*, I, p. 13. — V. aussi L. 52, § 12 et 13, D. *pro socio*, 17, 2.

(2) 63, *pr.* D. *pro socio*, XVII, 2.

(3) « L'espoir de partager un bénéfice, disait Treilhard, dans son *Exposé des motifs au Conseil d'Etat*, est la vue intentionnelle qui dirige le Contrat de Société. » — Locré, *Leg.* XIV, p. 490.

ciété, comme toute association, tend économiquement à permettre aux hommes concertés d'atteindre un but trop éloigné pour leurs seules forces ; elle décuple les énergies, elle est un plus puissant moyen d'action (1). Or, tout au moins pendant une longue période, le cercle de l'activité, dans une civilisation aussi simple que celle de l'Etat romain fut forcément restreint. Le but à atteindre est très près ; il est immédiat ; il est dans la jouissance directe des biens mis en commun. Le résultat est d'ailleurs appréciable et offre au contrat de société une suffisante raison d'être.

L'organisation juridique de la société fut naturellement conformée à ce but. Il faut la marquer d'une expression consacrée ; elle est une *société de personnes*. Mais pour la société romaine, cette expression a ce que nous pourrions appeler un *sens fort*. La personne de l'associé est à ce point envisagée que l'intérêt particulier de l'associé voile tout à fait l'intérêt général de la collectivité. « On y accorde, dit Toullier (2), la préférence à ce qui peut assurer l'usage par chacun des associés des choses communes sur ce qui doit favoriser la production des bénéfices. En un mot, on place toujours les associés avant la so-

(1) « L'association a cette vertu paradoxale que la force totale est supérieure à la somme des forces composantes. » Cheysson, Broch. *Musée social*, 1898.

(2) Toullier et Duvergier, *Le droit civil français*, t. 20, p. 40 et 41.

ciété... La ligne de démarcation n'est pas bien tracée entre le contrat de société, inventé pour accroître les produits des capitaux et du travail, et les communautés pures de toute espèce d'intérêt, formées non par calcul mais par penchant, non pour les bénéfices qu'elles devaient produire mais pour le bonheur qu'elles devaient procurer. »

Il est logique de rattacher à cette idée fondamentale que la société est faite pour assurer le bonheur, la jouissance directe des associés, la règle si nettement marquée dans les textes, d'après laquelle la société ne subsiste qu'autant qu'y figurent les personnes entre qui elle fut conclue : « *Qui societatem contrahit certam personam sibi elegit*; (1) » « *Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit*; et recte, cum enim societas consensu contrahitur, socius mihi esse non postest quem ego socium esse nolui. Quid ergo si socius meus admisit? ei soli socius est... (2) »

Cette règle a pu fléchir dans certaines situations. C'est que l'état économique comporta, même à Rome, et comanda des visées moins personnelles que celles qui furent primitivement l'unique fondement de toute société. Un but vraiment *social* s'est parfois imposé. Tel est le cas des sociétés de mines et surtout des sociétés vectigaliennes, fermières de l'impôt. Les fins de pareilles

(1) Gaius, C. 3, § 152.

(2) L. 49, D. *pro socio*.

entreprises ne sauraient être l'utilisation directe par les associés du fonds social considérable réuni. Aussi la personne de l'associé n'y est plus une considération aussi tyrannique. Les contractants pourront décider, au moment de la convention, que leurs héritiers respectifs deviendront associés à leur tour. Mais cela est une clause d'exception, inconcevable dans la société normale. Si bien que, même alors — tellement est essentielle la considération de la personne en matière de société — les jurisconsultes se demandent si la société continuera au cas où l'associé qui meurt est le plus indispensable (1).

On peut donc bien mettre au compte de la législation romaine la conception primitive et étroite que nous avons esquissée. Elle envisage, avant tout, l'utilisation directe par les associés du fonds réuni.

On conçoit qu'il fût, d'autre part, inutile pour assurer cet effet, d'organiser le fonds commun autrement qu'une indivision ordinaire. Une mise en commun, c'est tout ce qu'ont voulu les associés, tout ce que contient l'*animus societatis* qui a présidé à la conclusion du contrat. Ils conserveront donc sur les choses communes le droit des coïndivisaires ordinaires, qui, à Rome, est le droit plein du propriétaire, dans la mesure de leur part dans l'indivision : « *Nemo ex sociis plus parte sua alineare potest etsi totorum bonorum*

(1) V. Vauthier, *Etude sur les personnes morales*, p. 45.

sint (1). » Tout associé, comme tout copropriétaire, pourra pendant l'indivision créer sur les biens communs des droits opposables aux autres coassociés. Et le partage ne fera pas évanouir les droits ainsi conférés encore que les biens sur quoi ils portent ne soient pas dans le lot du constituant — tout au moins dans la mesure de sa part indivise.

Ainsi, de la fonction économique de la société à Rome, découlent deux caractères juridiques constants : 1^o Elle est une société de personnes, *intuitu personæ* ; 2^o Elle constitue une indivision ordinaire ; les associés ont sur le fonds social les droits ordinaires de la copropriété.

Or, le cercle de l'activité humaine s'étant élargi, la société a dû assumer une autre fonction. Cette fonction économique est accueillie et définie par le Code civil : elle est, ainsi que nous l'avons indiqué, *de réaliser des bénéfices* (art. 1832). Les bénéfices, voilà ce qu'on cherchera désormais en s'associant, et non pas à utiliser directement les biens mis en commun. Le fonds social est le moyen et non plus la fin. « La tendance, l'idée fondamentale de cette institution est la production de bénéfices. Des objets isolés auraient été impuissants à en produire ou en auraient produit de moindres ; on les réunit pour qu'ils en produisent davantage (2). » Or, pour produire des bénéfices, il faut traiter des

(1) Loi 68, D. *pro socio*.

(2) Toullier-Duvergier, *op cit.*, notions préliminaires.

affaires, prendre contact avec des tiers, *s'extérioriser*. Ces bénéfices seront en raison du nombre et de l'importance des affaires traitées. Pour traiter de nombreuses affaires, il faut le crédit, la confiance inspirée aux tiers, et pour cela offrir un gage à cette confiance. Finalement, la société doit *constituer un gage* au crédit. Pour la société romaine qui, ainsi qu'on l'a dit, « n'avait pas songé à ouvrir une fenêtre sur le dehors » il ne pouvait être question de constituer ce gage. Partant, la société romaine n'a guère connu le crédit.

Or, le crédit est merveilleusement « gagé » par certaines formes de société que le Code de Commerce a accueillies, définies et réglementées. Elles procèdent de deux idées différentes. Ou bien, la société offre aux tiers la solidarité des associés ; les tiers, ayant désormais en chacun des associés le répondant de toutes les dettes sociales, verront leur gage plus aisément et plus sûrement réalisable. Telles sont la société en nom collectif, et, dans une mesure, la société en commandite simple. Ou bien, les sociétés augmentent leur crédit par ce qu'on peut appeler la voie directe : elles s'organisent pour attirer un capital considérable, garantie pour ainsi dire immédiate des entreprises qu'elles effectueront. Pour y arriver, elles ont dû envisager comme prépondérante, dans la constitution de la société, non plus la considération de la personne de l'associé, mais celle du capital qu'il apporte. Elles s'ouvrent à qui fait un apport. Et leur existence ne se lie plus à l'existence

et à la permanence du personnel social ; elle dépend uniquement de ses apports. Ainsi, point scrupuleuses dans le choix de l'apporteur, elles pourront réunir un capital considérable, et pour toute la durée qu'elles voudront, puisque la personne peut disparaître, il suffit que le capital demeure. On voit quel puissant moyen de crédit peuvent être ces organismes. Le gage y acquiert l'importance et la durée. Il est la préoccupation exclusive des contractants. En un mot, ce sont là *les sociétés de capitaux*, « intuitu pecuniæ ». Il en existe deux types : la société en commandite par actions, la société anonyme par actions. Tels sont, avec la société en nom et la commandite simple, les instruments perfectionnés de crédit que le droit commercial a mis au service du but de bénéfices que se propose la société moderne.

Or, on a contesté que de tels moyens pussent être utilisés sur le terrain du droit civil. La raison est simple. On a nié que le but de la société civile fut celui que le droit moderne consacre manifestement pour les sociétés commerciales en organisant pour elles des formes éminemment propres à l'atteindre. On a considéré que la société du Code civil était encore et uniquement la société du droit romain, sans extériorité, sans action concertée sur le dehors, simple contrat entre associés destiné uniquement à assurer l'utilisation réciproque des apports par eux effectués ; on a nié qu'elle fut un *instrument de crédit*. Les formes commerciales étaient

ainsi écartées par *a fortiori*. Comment songer en effet à élargir le gage que constitue le fonds social quand ce fonds social n'existe pas pour les créanciers sociaux, — leur gage n'est pas autre que le patrimoine personnel des associés, sur lequel ils subissent le concours des créanciers pour affaires non sociales.

Pour les sociétés commerciales, au contraire, il va de soi que le fonds social — puisqu'il est plus puissamment constitué afin de donner plus de crédit à la société — est le gage exclusif des créanciers sociaux. On explique ce fait, généralement, en disant que la société commerciale constitue *une personne morale* distincte de la personne des associés. C'est cette entité juridique qui possède et qui traite. Le fait de l'associé, agissant individuellement, ne saurait donc avoir d'action sur un patrimoine aussi nettement mis à part.

Cet élémentaire instrument de crédit qu'est le gage des apports sociaux exclusivement affectés aux correspondants de la société, manque-t-il véritablement à la société civile? Et, dès lors, serait-il déraisonnable de vouloir, à l'aide de formes appropriées, accroître une garantie qui ne saurait exister? Nous ne le pensons pas. La définition que notre droit a donnée de la société et qui marque sa différence organique d'avec la société romaine, est dans le Code civil. La même fin est ainsi marquée à la société, sur le terrain civil comme en matière commerciale. Le droit commercial ne contient pas de définition de la société. Pour lui, comme pour le

droit civil, la société est la constitution d'un fonds commun en vue d'un bénéfice. Si le but est identique ne serait-il pas étrange à priori que le législateur eût conformé l'institution à ce but ici et non là? Nous croyons, quant à nous, que l'opposition qu'on a voulu voir entre la société civile et les diverses formes commerciales est *entre la société romaine et la société moderne, civile ou commerciale*. Certes l'opposition se confirme et se précise dans le Code de commerce, par l'organisation qui y est faite des formes les plus propres à servir les fins modernes de la société; mais *nous pensons qu'œuvre moderne est déjà accomplie par le Code civil*.

Nous analyserons sa conception à ce point de vue. Nous espérons qu'il résultera de cette analyse que l'institution y est conformée à sa fonction. Pour réaliser des bénéfices, il faut du crédit et le crédit doit être gagé par le fonds social : nous nous attacherons d'abord à établir que le fonds social est le gage exclusif des créanciers sociaux.

Il faut, aussi bien, qu'on puisse dans le contrat, faire échec à la considération de la personne des associés, afin que la société soit puissante et durable : nous démontrerons en second lieu que la société civile n'est pas forcément une société *intuitu personæ*.

L'examen de ces deux points constituera la première partie de notre étude. Ce sera la démonstration que la société du Code civil procède des mêmes idées fonda-

mentales que la société commerciale ; qu'elle est, comme la société commerciale, un organisme approprié à la fin économique qui leur est commune.

Quand nous aurons ainsi abaissé les barrières élevées contre les formes commerciales par une conception apriorique de la société, il deviendra, peut-être, aisé de démontrer que ces formes peuvent s'adapter à la société civile. Et de fait, passant en revue dans notre seconde partie, les formes commerciales dans leurs détails, nous espérons démontrer qu'aucune disposition législative ne s'oppose à leur admission sur le terrain civil.

Nous examinerons, dans une troisième et dernière partie, la condition légale résultant pour les sociétés civiles de l'adoption d'une forme commerciale.

— Pour terminer, sur les vues préliminaires que nous venons d'exposer, nous dirons qu'il n'est pas étrange que la conception du Code civil n'ait point toujours paru telle que nous la voyons. C'est que le droit romain, dont la conception différente ne convenait plus aux besoins nouveaux, conservait quand même comme une force d'interprétation ; et il fallait que les besoins économiques auxquels le Code n'avait pu éviter de satisfaire, se fissent plus impérieux, pour qu'on démêlât enfin toute la portée de l'œuvre de 1804. Mais on ne saurait trop se garder de la méconnaître dans cette matière pour laquelle semblent plus particulièrement écrites ces paroles du procureur Massot : « Lorsque de « nouveaux principes, expression de faits nouveaux,

« s'en viennent pour ainsi dire frapper chaque jour aux
« portes des prétoires, les fermeront-ils (les juges)
« devant eux ? Non, certes, et tout ce que la loi peut
« subir de progrès sans périr, elle le subira (1). »

(1) Massot, procureur du roi à Perpignan, *Du droit et de la loi*
(*Revue de législation et de jurisprudence*, année 1839, t. IX,
p. 194).

PREMIÈRE PARTIE

—

CONSTRUCTION DU CODE CIVIL EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER

QUE LE FONDS SOCIAL EST EXCLUSIVEMENT AFFECTE AU BUT DE L'ENTREPRISE.



SECTION PREMIÈRE

LE FAIT DE L'INDISPONIBILITÉ DU FONDS SOCIAL POUR LES ASSOCIÉS AGISSANT « PROPRIO NOMINE ».

Le but de la société, à Rome, était l'établissement d'une copropriété. D'autre part, les principes de la copropriété étaient tels que l'associé pouvait valablement en toute époque céder sa part indivise dans les biens communs.

Le Code civil ne pouvait admettre pareille action des associés sur les biens constituant le fonds social ; e'aurait été la négation même du but nouveau qu'il assignait à la société : la production de bénéfices. Pour faire produire des bénéfices au fonds social réuni il est indispensable que la collectivité ait seule action sur lui, qu'elle en ait la disposition absolue en vue de l'objet

pour lequel elle s'est constituée. Il faut que le gérant qui la représentera ait toute liberté d'administration, sans entraves ; qu'il puisse disposer des choses sociales sans que les associés individuellement pris conservent ce pouvoir auquel leur qualité d'associé implique désormais renoncement. La production de bénéfices, la faculté de disposition pour tout associé des choses sociales sont des notions contradictoires. Le Code civil a posé la première en principe, il ne pouvait consacrer la seconde.

Or, nous prétendons qu'il l'a même manifestement écartée ; l'article 1860 dit : « L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses mêmes mobilières qui dépendent de la société. » Cet article doit paraître catégorique. Mais on a contesté sa valeur comme fait. On a dit qu'il n'existait qu'avec une restriction qu'on devait sous-entendre et qui en détruit totalement la portée (1). On a observé que l'article 1860 était à peu près littéralement emprunté à Pothier qui s'exprime ainsi : « Un associé ne peut ni aliéner ni engager les choses même mobilières dépendant de la société, *si ce n'est pour la part qu'il y a* (2). » Le dernier membre de phrase n'est pas passé dans la rédaction de l'article 1860 ; doit-on pour cela se dispenser d'en tenir compte ? Certes, on le devrait si l'intention

(1) V. dans ce sens : Meynial, note sous Cass., 23 fév. 91, S. 92, 4, 73, qui excuse le Code civil d'avoir sous-entendu cette restriction.

(2) Pothier, t. IV, p. 273, N. 89, édition Bugnet.

du législateur s'était manifestée à ce sujet dans les travaux préparatoires. Or, ils sont muets. L'affirmation que le législateur a suivi l'inspiration de Pothier n'est donc pas infirmée. Le législateur a procédé elliptiquement, voilà tout ce qu'on peut dire.

Nous pourrions, en réponse, déclarer que la loi se suffit à elle-même ; mais il y a mieux à dire. Il est nécessaire qu'on sache ce que le législateur devait admettre ou rejeter avec la restriction dont il s'agit. Le texte de Pothier n'est que la traduction de la loi 68 *Pro Socio* : « nemo ex sociis plus parte sua alienare potest etsi totorum bonorum sint ». Or, cette loi est en droit romain d'une portée très grande : elle établit les principes de l'indivision et l'effet du partage. Les communistes pourront disposer de leur part indivise dans chacun des biens communs. Les droits réels qu'ils conféreront aux tiers ne seront pas tenus en suspens jusqu'à l'avènement du partage ; le bien grevé par l'un d'eux, ne fût-il pas mis dans son lot, n'en demeurera pas moins valablement grevé dans la mesure de la quote-part du constituant. C'est, en un mot, l'établissement du principe de l'effet *translatif* du partage. Or, le Code civil a établi en matière de partage le principe contraire de la *déclarativité*. Les communistes ont beau conférer des droits, ces droits seront résolus si l'objet qu'ils grevent n'est pas mis dans leur lot (Code civil, art. 883).

Veut-on prétendre que l'article 1860 est venu, pro-

cédant par la voie détournée de l'omission, détruire le principe nettement posé par l'article 883 ?

On le voit, il suffit de montrer la portée de la loi romaine pour qu'on soit tenu de l'écarter dans l'interprétation de l'article 1860.

Mais ce n'est pas seulement avec l'article 883 qu'on se trouve en opposition quand on interprète l'article 1860 avec la loi *pro socio*. On se trouve plus gravement, à notre sens, contredire l'article 1832, qui détermine le but de la société. On dit que le législateur eut dû s'expliquer, dans des travaux préparatoires, de l'omission qu'il a commise dans la rédaction de l'article 1860. Cela est-il nécessaire quand l'article 1860, simplement lu, n'est que l'application d'un principe fondamental préalablement posé ? L'article 1832 consacre l'effacement de l'intérêt particulier de l'associé devant l'intérêt collectif de la société, qui est le bénéfice à réaliser dans l'entreprise. Pourquoi le législateur aurait-il fourni une explication de la rédaction de l'article 1860 quand il ne fait qu'admettre une conséquence du principe fondamental posé. On trouve l'article 1860 de délicate interprétation ; cela n'est pas, si on le rapproche de l'article 1832 au regard duquel il est en intime dépendance.

Le point de vue romain de l'indivision, le point de vue romain de la société, voilà ce qu'il convient d'écarter, puisque le législateur l'a écarté en posant les principes, contraires aux principes romains, de l'article 883

et de l'article 1832. « Le droit romain et l'ancien droit, dit M. Thiry (1) tiraient d'implacables conséquences d'un seul principe : qu'il n'y a pas de distinction entre le patrimoine social et celui des associés. L'associé pouvait disposer de sa part indivise dans la société comme de ses autres biens. Ce principe ne peut plus sous l'empire du Code civil, à la différence des législations antérieures, servir isolément à résoudre la question ; il doit se combiner avec un autre de création moderne. Si le Code civil a emprunté ses principes en matière de société aux lois romaines et au droit ancien, il les a modifiés à certains égards ; il s'en est écarté parce qu'ils étaient contraires à la nature du contrat de société, au but qu'on se proposait en le formant qui est de réunir des forces pour les faire converger vers un but commun... L'article 1860 défend aux associés de disposer des choses de la société. »

Nous pouvons donc bien considérer l'article 1860 comme émanant de l'intention consciente du législateur. Il est le développement logique d'un principe ; et l'indisponibilité du fonds social qui en résulte pour les associés agissant *proprio nomine* doit être considérée comme un fait.

(1) Des rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers. *Revue critique* de 1835, t. 7, p. 299.

SECTION II

CONSÉQUENCES DU FAIT.

§ 1^{er}. — **Le fonds social est valablement engagé aux créanciers sociaux.**

La conséquence de l'indisponibilité du fonds social au regard des associés pris individuellement, est tout d'abord de consacrer la faculté de disposition pour la collectivité ou son représentant. C'est un *a contrario* résultant de toute évidence des termes de l'article 1860 : l'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner, ni engager ; donc, l'associé administrateur peut aliéner ou engager. Les biens de la société seront ainsi directement engagés par les opérations sociales : les créanciers auront action sur eux. Il ne semble pas que cela ait été contesté. On peut observer en outre avec M. Thiry (1) que cela est conforme à l'équité : « Il est naturel que les obligations souscrites dans l'intérêt commun soient soldées par les biens mis en commun. »

(1) *Revue critique*, 1853, t. 7, p. 289.

§ II. — Il est soustrait à la poursuite des ayants cause personnels.

L'indisponibilité du fonds social, c'est au contraire l'interdiction pour les créanciers personnels de l'associé de saisir les biens dépendant de la société. « L'associé n'a pu vendre ni engager. » Et des conséquences rigoureusement logiques doivent en être tirées en matière d'*hypothèque légale* et de *compensation*. La loi n'a pu vouloir que ce qu'elle défend put être accompli par voie indirecte. Elle écarte donc, des immeubles sociaux, l'hypothèque légale qui pourrait grever les biens personnels de l'associé. Pareillement, elle s'oppose à ce que la compensation, qui est un paiement détourné (Code civil 1289), puisse s'opérer des dettes de l'associé avec les valeurs sociales (1), et il résulte du principe de réciprocité posé par l'article 1289 que les dettes sociales ne pourront indirectement être soldées par voie de compensation avec la créance d'un associé sur le débiteur de la société. Ainsi sont écartés tous les ayants cause de l'associé : l'acheteur ou le créancier, à quelque titre qu'il le soit.

(1) V. Mongin, *Revue critique*, 1890, p. 702.

§ III. — Séparation des patrimoines qui en résulte.

Les conséquences de l'article 1860 sont donc d'établir à tous égards une véritable séparation des patrimoines. Le patrimoine social est mis hors de l'action des associés agissant pour leurs affaires personnelles. Il est exclusivement affecté au but de l'entreprise. Les créanciers sociaux, et eux seuls, auront action sur lui. C'est ce que commandait le but de la société. C'est ce qu'a établi l'article 1860.

Mais, quelle est la nature de cette indisponibilité d'une classe de biens dans l'ensemble des biens d'un associé ?

SECTION III

EXPLICATIONS DU FAIT.

A quel principe, en d'autres termes, faut-il rattacher l'article 1860 ?

Le législateur peut ordonner ; les lois écrites sont dans l'ordre juridique ce que les faits sont dans l'ordre des sciences expérimentales. A cet égard on peut dire qu'elles ne souffrent pas de discussion. Mais le légis-

lateur agit d'après un principe : « Les articles de nos codes ne sont en définitive, que des formules plus ou moins compréhensibles, plus ou moins variées, de quelques idées générales (1). » Le praticien peut se désintéresser de la recherche du principe dont l'article de loi a voulu marquer un aspect. L'interprète véritable de la volonté du législateur ne le peut pas. La connaissance du principe permet seule de marquer la portée de la loi. — Mais la recherche s'impose au point de vue de l'existence même de la loi. S'il ne voit pas l'idée générale à quoi la rattacher, l'interprète hésite à la reconnaître. Tel a été le sort de l'article 1860. Comme le principe qui l'avait dicté échappait, on l'a nié comme fait. On a déclaré qu'il n'était que la pensée tronquée du législateur. On l'a complété et en le complétant on le dénaturait. Il importe donc, à ces deux points de vue, de marquer la filiation de l'article 1860 à l'un des principes de nos codes ; d'expliquer ainsi cette séparation des patrimoines qui en résulte, mais dont la loi ne prononce pas le nom.

§ 1^{er}. — **Personnalité juridique de la société.**

L'explication qui rend le plus aisément et le plus complètement compte de la situation que nous faisons

(1) Louis Fournier, article dans *Gazette du Palais* du 4 juillet 1898.

aux biens sociaux est fournie par l'idée de « *personne juridique* » (1). On déclare que les biens sociaux sont la propriété d'une personne qui n'est pas celle des associés, ni d'aucun associé. Cette personne est la société, érigée en entité juridique, conçue comme sujet de droits et d'obligations indépendamment de toute intervention de la personnalité physique d'un associé. La société, personne juridique, couvrira et interceptera la personne des associés. C'est elle qui agit et s'oblige. Il n'y a pas séparation des patrimoines, mais mieux : il y a, en réalité, deux catégories de patrimoines, celui des associés, d'une part, celui de la société d'autre part. La société a donc son patrimoine bien à elle, des créanciers et des débiteurs qui ne se confondent jamais avec ceux des associés. Avec un tel principe l'article 1860 devient la plus banale des applications, et de même toutes les conséquences que nous en avons tirées. Il doit à sa facilité d'application d'avoir d'abord paru expliquer seul l'indisponibilité du fonds social entre les mains des associés et par suite son affectation exclusive au but de la société. A cela, sans doute aussi, il doit d'avoir été admis avant qu'on se soit entendu sur la nature même de cette entité qu'on mettait sur la scène juridique.

(1) On dit aussi « *personne morale* ». Savigny (traité II, p. 238), repousse l'expression *personne morale* à cause du sens philosophique du mot étranger à cette matière, et surtout « pour montrer qu'elle n'existe comme personne que pour une fin juridique ».

THÉORIES DIVERSES SUR LE FONDEMENT DE LA PERSONNALITÉ

Ce fondement peut pourtant paraître de première importance, car de lui dépend la facilité avec laquelle on admettra la personnalité. A vrai dire, l'objectif de cette recherche du fondement de la personnalité, dépasse la portée de notre étude sur les sociétés. Les sociétés ne sont pas les seules personnes morales. Elles constituent la classe des personnes morales *privées*. A cette catégorie s'opposent les personnes morales *publiques* : établissements publics et d'utilité publique. Cette appellation est significative au point de vue de l'intérêt que la puissance publique peut avoir à leur formation. Le propre de la personne morale est d'avoir un patrimoine ; d'autre part, son caractère immatériel lui assure une durée théoriquement indéfinie. On voit quels éléments de puissance elle peut ainsi réunir et que l'État peut y voir sa sécurité menacée. Il en serait bien ainsi si les personnes morales pouvaient naître et grandir en dehors de lui, en dehors de sa volonté. Mais une théorie de la personnalité, rassurante pour l'État et en quelque sorte traditionnelle, place son fondement dans la volonté même du législateur, exprime ou présumée.

1^o Théorie classique de la personnalité fictive.

C'est de la loi et de la loi seule que la personnalité morale peut venir. Elle *crée* la personne morale. Telle est la règle pour toute personne morale, publique ou privée, la nature de toute personne morale étant identique. Cette nature est d'être fictive, c'est-à-dire précisément de ne pas exister en dehors de la loi, de n'être qu'une création artificielle du législateur. La capacité des droits n'est naturellement conférée qu'aux personnes physiques. Elles s'imposent, a-t-on dit, au législateur par leur existence même (1). Tout autre est le cas des personnes morales. Elles n'existent que par la force de la loi ; la loi est leur fondement. Une telle théorie du fondement de la personnalité est certes rassurante pour l'Etat qui ne verra point de personnes morales publiques se créer sans sa volonté expresse, mais elle nous oblige, si nous voulons admettre la personnalité juridique des sociétés civiles, à montrer le texte de loi qui la confère. En dehors de la loi, la personne n'a pas de réalité. On a pu dire qu'elle était une « pure hypothèse juridique ». Certes, la loi a pu procéder par voie d'attribution implicite et collective à toute une catégorie de personnes morales obéissant à des conditions déter-

(1) « L'homme par le seul fait de son apparition corporelle proclame son titre à la capacité de droit. » Savigny, *Traité de Dr. romain*, t. 2, p. 276 de la traduction.

minées ; c'est le cas des personnes morales privées. On conçoit que l'Etat soit moins intéressé à la surveillance directe, en quelque sorte individuelle, de ces personnes morales dont la puissance ne fait qu'accroître en réalité des patrimoines de particuliers et dont l'objet est exclusivement économique. Mais le principe n'en demeure pas moins pour elles : la personnalité étant fictive devra trouver son fondement dans la loi.

Or, cette conception de la nature de la personnalité s'est longtemps imposée. Elle se dégage nettement des textes romains : « Le droit romain, dit M. Vauthier (1), qui nous a procuré la plupart de nos conceptions juridiques, nous a fourni également la notion de la personification civile. Il est permis de croire que si nous ne connaissions pas les Pandectes et le Code nous n'aurions jamais réussi à concevoir cette notion et à décrire ses véritables limites. » Il ajoute d'ailleurs que « le droit romain ne nous a transmis que les éléments de la doctrine ; le mérite d'avoir constitué cette doctrine et de l'avoir revêtue de formes arrêtées appartient uniquement à la science moderne ». Ce fut surtout l'œuvre de Savigny et de son disciple Puchta. On a pu appeler cette théorie de la personnalité, non pas théorie romaine, mais « théorie allemande d'après le droit romain » (2). Toujours est-il que les auteurs français l'ont

(1) *Etude sur les personnes morales*, Introduction.

(2) Van del Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, p. 15.

purement adoptée jusqu'ici. Parmi les plus récents, M. Saleilles se borne, pour la période actuelle, à rapporter que Savigny fait de la personnalité « une sorte de qualité juridique subsidiaire dont la concession appartient à l'Etat » (1), « qu'au lieu d'un fait nécessaire, elle devient une forme juridique tout artificielle.... qu'elle est une pure fiction » (2). Et, M. Meynial (3) : « Nul ne peut nier que cette personnalité, à supposer qu'elle existe, ne soit le résultat d'une fiction et une fiction ne peut se supposer guère en cas de silence de la loi. » Cette théorie, qu'il n'y a personnalité que par fiction, paraît donc bien traditionnelle et classique. Si on s'y tient il faudra pour démontrer la personnalité des sociétés civiles trouver le texte de loi qui leur concède le bénéfice de la fiction.

CRITIQUE DONT A ÉTÉ L'OBJET CETTE THÉORIE

Mais ce « vieux dogme » de la fiction juridique n'a pas paru inattaquable. La personnalité conçue comme une abstraction qui dépend du bon vouloir du législateur, qui paraît et disparaît à son gré, a même paru quelque peu puérile. M. de Iehring a raillé cette théorie « anthropomorphique », faisant apparaître une per-

(1) *Annales de Droit commercial*, 1895, 2, p. 77.

(2) O. P., p. 79.

(3) Sous S. 92, 4, 497.

sonne irréaliste comme un *deus ex machina*, afin que soit trouvé le titulaire de droits qu'on ne sait à qui rattacher (1). C'était là un cas d'application de ce procédé familier aux Romains et vraiment trop simpliste, qui consistait à feindre, contrairement à la réalité des faits, telle ou telle situation juridique, pour expliquer des résultats qu'ils trouvaient bons. C'est ainsi, par exemple, que le *bonorum possessor* fut admis à intenter la *petitio hereditatis*. L'héritier du droit civil pouvait seul l'intenter. Le Préteur, pour tourner la difficulté, déclara qu'il feindrait que le *bonorum possessor* fût un héritier.

C'est surtout la science allemande qui a battu en brèche la théorie de la fiction. Nous devons d'ailleurs dire que les diverses théories qu'on a voulu lui substituer n'ont pas paru définitives, ni moins critiquables.

2^o Théories exclusives de l'idée de fiction.

Pour Salkowski (2) le titulaire des droits de la personne juridique n'est point un être fictif, c'est l'*universalité* des associés. Le droit reconnaît un pareil

(1) A rapprocher de cette appréciation le dédain avec lequel M. Mestre (*Les personnes morales et le problème de leur personnalité*, thèse, Paris, 1899, p. 14) parle de la fiction : « Sans doute le rôle de la fiction est considérable dans le droit, en ce sens qu'elle permet le développement des conséquences juridiques d'un principe encore insusceptible lui-même d'explication rationnelle... »

(2) Pour la discussion de ces théories allemandes de la personnalité, V. Van den Heuvel, *op. cit.*, p. 27 et suivantes.

sujet de droits. Il y a des universalités-objets de droit, tel un troupeau considéré dans son ensemble et non dans chaque tête de bétail qui le compose. De même, et leur faisant antithèse parfaite, il y aurait des universalités-sujets : *universitates personarum* et *universitates bonorum*. Cette subtilité n'est point peut-être une explication.

Pour Iehring les sujets des droits sont les *destinataires*, c'est-à-dire les bénéficiaires de l'entreprise, notamment dans le cas de fondation. On a pu objecter avec raison que c'était là confondre sujet et objet de droit.

Brinz supprimait le problème : il n'est pas nécessaire de chercher un titulaire au patrimoine qu'on attribue à la personne morale ; il peut y avoir patrimoine sans titulaire, c'est ce qu'il nomme : *Zweckvermøgen* par opposition à *Personenvermøgen*. Ce n'était plus chercher un fondement à la personnalité en dehors de la fiction, c'était supprimer la personnalité sans rien mettre à la place.

3^e Théorie de la personnalité réelle.

Une dernière théorie enfin, se sauve de la fiction en affirmant que les êtres moraux forment des *personnes réelles véritables* aussi naturelles et aussi légitimes que les personnes physiques. Elles s'imposeraient au législateur au même titre que des personnes physiques. Elles vivraient dans la réalité des choses et non plus dans le

domaine des idées. Les personnes morales seraient personnes réelles. Ces idées ont été développées par Beseler, Zitelmann, O. Gierke. Ce dernier, plus précisément (1), développe cette idée que la *volonté* est la base de toute personnalité juridique. Or, on ne peut nier, dans une association, l'existence d'une volonté commune à tous les membres, distincte de la volonté individuelle de chacun d'eux. Cette volonté est bien une entité juridique réelle. Il lui manque de pouvoir se traduire. Or, les organes de la société, c'est-à-dire l'organisation de ses différents pouvoirs, rempliront précisément cette mission. Mais ces pouvoirs ne sont pas les *représentants* de la collectivité. On ne représente que ce qui existe juridiquement. Un représentant substitue sa personnalité juridique à une personnalité déjà existante. Les prétendus représentants de la société ont pour raison d'être de compléter sa personnalité. Quand ils agissent dans la sphère qui leur est marquée, la volonté manifestée n'est pas leur volonté se substituant à la personnalité d'autrui, de telle sorte qu'on puisse distinguer deux personnalités différentes : c'est *la volonté même du corps social* qui s'exprime. Ils ne sont pas des représentants, ils sont des *organes*. « La personne

(1) V. sur ce point R. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, p. 363, qui cite : Beseler, *Volkrecht und Juristenrecht*, 1843, p. 158 et suivantes, et *System des deutsch. Privatrechts*, 3^e édit., 1873, t. I, §§ 66 et suivants ; Ch. Perin, *Du droit de propriété des personnes civiles*, dans *Rev. cathol. des institutions et du droit*, oct. 1889, p. 317.

morale, dit Gierke (1) n'est pas une fiction de la loi, c'est un être collectif réel doué comme la personne humaine de la capacité naturelle de vouloir et d'agir. La loi ne la crée pas, elle se borne à en reconnaître et à en légaliser l'existence. Le fondement même, la raison d'être de cette existence, c'est la naissance d'une volonté collective ; elle peut bien, en fait, se refuser à la reconnaître comme elle a pu, à d'autres moments de la civilisation, se refuser à reconnaître la personnalité de l'esclave ; elle peut, pour des motifs d'intérêt général, la limiter ou la prohiber. Cela n'empêche pas qu'elle n'existe par elle-même, indépendamment de toute reconnaissance légale. »

On voit combien une telle théorie serait favorable à la personnalité de la société civile comme de toute association. M. Hauriou (2) un de ses partisans en France, s'en explique en disant « que notre droit public est à

(1) Cité par Michoud : *De la responsabilité de l'État (Revue du Droit public*, 1895, t. I, nos 3 et suivants).

(2) M. Hauriou adopte le point de vue de Gierke mais se sépare de lui au sujet du fonctionnement de la personne morale. Il repousse le fondement « organiciste » donné à la réalité de la personne morale, qui répugne au génie français plus individualiste. Il n'y a pas des organes mais des représentants. « Il ne saurait, dit-il, y avoir ici jeu de volontés individuelles que par le mécanisme de la représentation... Les personnes morales n'agissent que par représentation, c'est vrai, mais cette représentation est réelle, d'une réalité sociale : par conséquent, la capacité de l'exercice des droits n'est pas fictive en elles. » Ainsi M. Hauriou, tout en refusant de donner à la réalité de la personnalité morale le fondement organiciste que lui donne « l'école germaniste », n'en repousse pas moins la doctrine française domi-

remanier ; qu'il faut contraindre l'État, puissance publique, à renoncer au droit de conférer et de retirer la personnalité aux associations et aux établissements » (1).

C'est d'ailleurs là l'objectif de tous les systèmes de la personnalité que nous avons examinés. On s'attaque à la *fiction* pour atteindre la *loi* ; c'est-à-dire qu'on attribue à la personne morale une existence indépendante de la volonté législative pour refuser à la loi le droit de la créer. Il ne serait plus dès lors, nécessaire, en ce qui concerne la personne morale *privée* qu'est une société civile, de rechercher le texte de loi qui l'a créée.

C'est ainsi que nous ne pouvions pas nous désintéresser de l'effort tenté sur ce terrain.

Mais nous devons reconnaître que ces idées sont trop incertaines encore et trop récentes pour qu'elles puissent déterminer la solution de la question de savoir si les sociétés civiles sont ou ne sont pas personnes morales. On a pu raisonner à leur égard en disant que le législateur de 1804 les avait certainement ignorées et que, si la personnalité des sociétés

nante que la personnalité morale est fictive et que son seul fondement est la législation positive. « Ce fondement, dit-il, est dans l'*unanimité représentative* et ne doit pas être cherché ailleurs. »

V. l'exposé de cette doctrine dans *Rev. Gén. de Droit de Leg. et Juris.*, année 1898, p. 1 et 119 : *De la personnalité comme élément de réalité sociale*.

(1) V. aussi du même auteur : *Leçons sur le mouvement social*, Paris, Larose, 1899, Appendice 11, p. 144, et aussi, au texte, 5^e leçon, p. 92 et suivantes.

civiles existe; il lui faut, de toute nécessité, trouver un fondement dans la législation positive.

§ II. — **Système des droits individuels privilégiés.**

Mais est-il nécessaire d'évoquer un être, de raison ou de réalité, distinct de la personne des associés, pour expliquer le fonctionnement d'un patrimoine social indépendant? Le simple jeu des droits individuels ne suffit-il pas à créer l'isolement et l'indépendance juridique de ce corps de biens? C'est ce qu'a soutenu M. Van den Heuvel pour la généralité des personnes morales (1). Il observe que les conséquences qu'on tire de la personnalité se réduisent à trois. Si on peut les expliquer sans faire intervenir la personnalité elle devient un rouage inutile: 1° Grâce à la personnalité civile d'abord, on admet la société, être collectif, à ester en justice. Si elle n'apparaissait pas comme titulaire des droits et actions il faudrait faire figurer tous les associés dans l'instance. C'est la conséquence du principe traduit par la règle toujours en vigueur: « que nul ne plaide par procureur ». Cette règle signifie « que nul ne peut se faire représenter en justice par un mandataire, qui figurerait seul en nom dans l'instance ». Or, elle ne s'explique guère rationnellement (2). On ne voit pas pour-

(1) *Op. citato.*

(2) Naquet, *Revue critique de législation*, 1875, p. 638.

quoi la représentation serait exclue de ce domaine. D'ailleurs la jurisprudence entend que le principe n'est pas d'ordre public ; qu'on peut même renoncer à l'invoquer par avance, antérieurement à tout procès ; et que la renonciation se déduira de la clause des statuts donnant à l'un des associés pouvoir d'ester et de défendre au nom de la société (1). La conclusion c'est que l'intervention d'un titulaire imaginaire de l'action est bien inutile quand le résultat est atteint par le jeu de la représentation. Il suffira donc que la loi élargisse le principe de la représentation des droits individuels. — 2° La deuxième conséquence qu'on tire de la personnalité c'est de conférer aux associés un droit de nature *mobilière*. Si c'est, en effet, la personne juridique qui possède, les droits des associés dans la société ne peuvent s'analyser qu'en une créance contre la personne morale. L'avantage est que la nature du droit de l'associé n'est pas tenue en suspens jusqu'au jour du partage ; et aussi que la facilité de sa transmission est bien mieux assurée. Mais pour obtenir ce résultat ne suffit-il pas d'accorder aux sociétés « un privilège permettant d'user en faveur de certains droits immobiliers de toutes les simplifications et de toutes les libertés que la loi reconnaît pour la transmission et la gestion des droits mobiliers ». C'est ce privilège qu'aurait d'ailleurs concédé

(1) V. Cassation, 23 juin 1866, S. 66, 1, 358 ; 20 juillet 1878, S. 80, 1, 89 ; 19 février 1884, S. 86, 1, 69 ; 17 février 1890, G. P. 6 mars 1890.

l'article 529 du Code civil aux sociétés par actions pour la raison d'utilité pratique invoquée par Treilhard disant : « Il est nécessaire de conserver aux actions leur qualité de mobilières parce qu'il importe de faciliter leur circulation. » Ici encore, point n'est besoin d'expliquer les choses par la personnification du droit collectif. — 3° Arrive enfin la conséquence essentielle qu'on veut faire découler de la personnalité et que nous avons trouvée contenue dans les termes de l'article 1860 : la séparation du patrimoine de la société d'avec les patrimoines individuels des associés. Or, la séparation des patrimoines n'est pas un phénomène spécial à la matière des sociétés, et, ailleurs, on ne fait pas intervenir pour en donner raison l'idée d'un sujet de droits imaginaire. Telle est la situation, en matière de succession, résultant de l'exercice, par les créanciers de la succession, du privilège précisément appelé « séparation des patrimoines ». Les créanciers sont payés par préférence sur les biens de la succession et ils viennent subsidiairement en concours avec les créanciers de l'héritier sur la fortune personnelle de ce dernier. De même les créanciers d'une société collective exercent leur privilège sur le fonds social et concourent sur les biens particuliers des associés. Quant à la société anonyme, elle a son analogue dans le bénéfice d'inventaire : les créanciers de la société, comme ceux de la succession, doivent respecter dans leur poursuite le patrimoine personnel des titulaires.

Et il est bien vraiment inutile d'expliquer la séparation des patrimoines par l'attribution à un être fictif du patrimoine détaché. Elle est, en effet, le résultat ordinaire de l'exercice d'un privilège. Le bailleur, le voiturier, exercent leurs droits sur les choses garnissant les lieux loués ou sur les choses transportées, par préférence aux autres créanciers. Il suffira donc en matière de société que la loi sanctionne le droit de préférence concédé aux créanciers sociaux sur les choses sociales. Les associés seront censés avoir voulu affecter leur apport et le fruit des spéculations subséquentes au paiement des obligations contractées comme associés. Il suffit, en somme, que la loi suppose et sanctionne la concession d'un privilège sur les biens individuels. Cette théorie est donc bien dûment qualifiée « théorie des droits individuels privilégiés ». « En reconnaissant des droits à la volonté collective, dit M. Van den Heuvel (1), on ne fait pas autre chose que reconnaître et régler les droits de diverses volontés individuelles », et plus loin (2) : « Ce sont là des sociétés privilégiées, mais pas autre chose que des sociétés réelles, des agrégats d'individus et de droits individuels, des groupements de personnes humaines et physiques », et, enfin : « La personnalité civile, c'est la réunion de quelques privilèges particuliers, de quelques rares dérogations aux principes usuels et généraux du droit positif actuel. »

(1) *Op. cit.*, p. 33.

(2) *Op. cit.*, p. 51.

Mais ces dérogations, ces privilèges, encore faut-il qu'ils soient consacrés par la loi. M. Van den Heuvel a, en somme, déplacé le terrain sur lequel devra se manifester l'adhésion du législateur, mais il ne nous dispense pas de cette adhésion. Fort heureusement, s'il est chimérique de la rechercher sur le terrain du droit public, on peut concevoir qu'elle se soit manifestée en ce qui concerne les sociétés — par la rédaction de l'article 1860 — au moins en ce qui a trait à la séparation des patrimoines, conséquence primordiale de la personnalité.

C'est la démonstration à laquelle s'est livré M. Thiry, dans son étude « des rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers » (1). L'article 1860 créerait au bénéfice de la société une situation de faveur comparable à celle que l'article 1743 fait aux locataires en matière de louage. En règle, les obligations du constituant ne passent pas aux acquéreurs à titre particulier ; le locataire devrait succomber devant un acheteur de l'immeuble loué. C'est cette conséquence logique que les textes romains avaient formulée : *emptorem non necesse est stare colono* (2). Mais des considérations économiques ont amené le législateur de 1804 à mettre le preneur à l'abri d'une expulsion. Il faut, pour ne point jeter de trouble dans les relations sociales, que la jouissance du premier soit assurée pour

(1) *Revue critique* de 1855, t. 7, p. 289.

(2) 23, § 4, D. loc. cond., 49, 2.

tout le temps fixé pour le bail. C'est la situation que consacre l'article 1743, par dérogation aux principes. Une pareille dérogation au droit commun serait contenue dans les termes de l'article 1860. Le bon fonctionnement de la société exige que les créanciers personnels ne puissent avoir action sur les biens consacrés par les associés au but social. L'article 2092 leur permettrait de considérer ces biens comme leur gage, mais l'article 1860 vient apporter exception au droit commun : les associés ne peuvent aliéner ni constituer en gage les biens sociaux ; ils ne pourront davantage en faire l'objet d'une aliénation indirecte en contractant des dettes qui confèreraient un droit de saisie aux créanciers. Par dérogation aux principes, des ayants cause à titre particulier se verront opposer les obligations de leur auteur.

§ III. — Système du droit commun.

L'article 1860 est-il donc, de toutes façons, une disposition anormale ? Et si on ne l'explique à l'aide de « l'hypothèse légale » discutable de la personnalité, faut-il tout au moins y voir une règle de droit exceptionnelle ? Des auteurs ne l'ont pas pensé. Il leur suffit, pour tout résoudre par le droit commun, de qualifier autrement le droit conféré à l'ensemble des associés sur les biens mis en communs. Ils posent, comme nous,

en fait que les associés ne peuvent disposer des choses sociales. D'autre part, la masse des associés, ou le représentant au nom de la masse, peut en disposer pour le but social. En l'absence de l'idée de personnification du droit collectif, comment expliquer ce droit de l'ensemble ? Deux explications sont seules possibles : la masse pourra invoquer, à l'encontre de chacun des apporteurs, individuellement pris, ou un droit personnel, ou un droit réel. Un droit personnel, si on considère que chacun des associés a contracté vis-à-vis de ses coassociés, l'obligation de ne pas détourner les objets apportés des fins de l'entreprise et de surseoir au partage du fonds social jusqu'à l'époque stipulée.

Or, cette explication serait insuffisante à protéger le fonds social contre les ayants cause à titre particulier de l'associé, car ils ne sont pas tenus des obligations de leur auteur. C'est pourquoi on est obligé d'admettre que la loi a voulu déroger au droit commun en obligeant les ayants cause à respecter les engagements personnels de l'associé. Eh bien, l'erreur est précisément de voir la masse seulement nantie d'un engagement personnel. Ce qu'elle détient, c'est un droit réel, un droit portant directement sur les objets mêmes composant le fonds social et, dès lors, opposable à tout le monde. Il n'est pas nécessaire de conférer un privilège à la masse, il suffit de qualifier dûment la nature de son droit. Une nuance sépare seulement les partisans de cette théorie.

M. Boistel (1), qui paraît avoir donné le premier une note ferme dans une théorie jusque-là mal élucidée, qualifie le droit réel de la masse de servitude d'indivision. M. Mongin (2) y voit « la propriété même »... « les associés qui ont mis les biens en société pour un certain temps n'ont pas seulement contracté l'obligation personnelle de les laisser en commun ; ils ont organisé pour la propriété elle-même une nouvelle situation juridique ; ils ont créé, au profit de la masse, un droit qui est désormais à l'abri des actes individuels : c'est la propriété de la masse ». S'il en est ainsi, M. Mongin est en droit de conclure (3) : « qu'en formant leur contrat, les associés ont constitué une masse distincte, un patrimoine qui a son régime spécial » et « que les conséquences logiques de ce régime donnent au patrimoine une vie propre à peu près comme s'il appartenait à une personne juridique ».

Le défaut de ce système est peut-être d'affirmer sans prouver. Est-il bien sûr que l'indivision produise cet effet de mutiler la propriété des coindivisaires et de

(1) *Précis de Droit commercial*, 3^e édition, n° 158 : « Cette modalité qui affecte la copropriété des associés, je la qualifie de *servitude d'indivision*. C'est le terme par lequel on caractérise une situation analogue en matière de mitoyenneté... Le terme de *servitude* convient d'autant mieux que cette modalité de la copropriété est dans une certaine mesure *opposable aux tiers* ; ce qui ne se concevrait pas s'il n'y avait pas là un véritable droit réel. »

(2) *Etude sur la situation juridique des Sociétés dénuées de personnalité*. *Revue critique*, 1890, p. 704.

(3) *Op. cit.*, p. 699.

faire passer le pouvoir de disposition à la masse ou à ses représentants ? Si c'est là un caractère particulier à l'indivision *sociale* nous retombons dans le domaine du privilège d'où cette thèse a prétendu s'échapper : et vraiment, si l'article 1860 contient l'organisation d'un régime particulier de copropriété, on pourra le qualifier avec M. Meynial (1) « de véritable boîte à surprise ». Si on veut dire que l'indivision produit, en toutes matières, cet effet de créer un droit réel de la masse, il faudrait l'établir à l'encontre des textes qui paraissent *a priori* conférer une toute autre signification au régime d'indivision (2).

(1) Note, sous Cass., 23 février 1891, S. 92, 1, 73.

(2) Le système de M. Mongin a pu paraître, en outre, ne pas écarter les créanciers personnels en tout état de cause. (V. Laurent, *Droit civil*, t. 26, n° 359-360 ; Cassagnade, *De la personnalité des sociétés*, Thèse, Paris, 1883, p. 231 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. 2, n° 109). Le droit réel de la masse naît de l'indivision. Dès lors, peut-on dire, si l'indivision cesse, l'égalité reparaît entre créanciers sociaux et créanciers individuels. Ce sera le cas lorsqu'après la saisie d'un bien social par les créanciers sociaux, vient la période de l'ordre et de la distribution. Alors il n'y a plus de bien social ; les créanciers individuels pourront venir en concours avec les créanciers sociaux. On voit à quel point les résultats du système seraient infirmés. Les créanciers sociaux insuffisamment payés auront recours à de nouvelles saisies ; et ainsi, indirectement, les créanciers personnels recouvrent le droit que l'indivision leur ôtait. M. Mongin, nous semble avoir répondu victorieusement que l'indivision ne cessait qu'en vertu du partage après liquidation de la société. Jusque-là le bien social garde toujours son caractère ; la preuve en est que si des deniers restent après distribution aux créanciers, ils retourneront sans conteste à la caisse sociale. Il est certain, au surplus, que la vente

C'est à cette démonstration que M. Vandernotte a consacré un article récemment paru dans les *Annales de droit commercial* (1). D'après lui donc, le Code civil aurait consacré un régime nouveau de la copropriété en opposition avec le régime romain. Dans cette conception de la copropriété, de quelque nature qu'elle soit : héréditaire, sociale ou autre, les créanciers du copropriétaire n'auront aucune action sur les biens communs. Il ne pourront d'abord les saisir directement. Ils ne pourront davantage les atteindre indirectement en provoquant le partage général de l'indivision.

Pour ce qui est de la saisie directe, nous avons vu que l'article 1860 est catégorique pour écarter les créanciers personnels. Il a semblé tel à tous les auteurs. M. Vandernotte en use, en somme, de même façon. Mais l'article 1860 est écrit en matière de société. Ayant voulu étendre la situation à toute espèce d'indi-

volontaire d'un bien social ne changerait pas son caractère social. Pourquoi ce caractère serait-il changé par le fait que la vente est forcée ?

Ce point de vue explique aussi que les créanciers personnels ne puissent intervenir sitôt après la dissolution de la société et avant le partage. Le partage seul substituera le droit de propriété de l'associé au droit de propriété de la masse. Cela est conforme à l'article 883. Jusqu'au partage le droit de la masse persiste qui empêche qu'un des biens ne soit distrait du fait de l'associé et « les créanciers n'ont que les droits de leur auteur » (p. 706, *op. cit.*).

(1) Année 1898, n° 6, p. 437. Ce point avait été précédemment développé par lui dans sa thèse : *De l'organisation des Sociétés civiles dans leurs rapports avec les tiers*, Paris, 1898.

vision, M. Vandernotte doit répondre à l'objection qu'on peut tirer de l'article 1220. C'est article divise de plein droit les créances et dettes entre les cohéritiers. Si chacun d'eux touche sa part des créances, comment ne pas conclure que leurs créanciers pourront la saisir. En ce qui concerne les créances, il ne serait donc pas vrai de dire que la copropriété est intangible pour les créanciers personnels. M. Vandernotte nous semble avoir réfuté l'objection. Il montre par l'article 832 que les créances ne figureront pas moins au partage. C'est donc que si les cohéritiers ont pu toucher leur part de créances, ils n'ont pu cependant l'appliquer à une fin personnelle, et qu'ils ne sont pas, pour cela, dispensés d'en rendre raison à leurs coïndivisaires. S'ils ne peuvent en user à leur profit, leurs créanciers personnels sont, par conséquence logique, privés du droit de saisie. Peu importe que les biens indivis soient en telle ou telle main; ce qu'il faut c'est qu'ils ne soient pas détournés de leur fin commune. Ce résultat n'est pas infirmé par l'article 1220, ainsi expliqué par son rapprochement avec l'article 832. On peut donc conclure à l'extension à toute matière d'indivision et à toute nature de droits du principe formulé par l'article 1860 en matière de saisie directe.

Mais, privés du droit de saisir directement un bien, les créanciers ne pourront-ils briser, en provoquant le partage, cette indivision qui est l'obstacle à leur action? Il semble, en effet, que la règle de toute indivision soit

de pouvoir être résolue au gré des coïndivisaires. L'article 815 dit que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision... Il n'en saurait être autrement que si les ayants droit conviennent de maintenir cet état, et encore la loi impose-t-elle alors une limite de cinq ans. Or, les ayants cause à titre particulier ne sont pas tenus des obligations de leur auteur. L'obligation de surseoir au partage devra être respectée par les coïndivisaires, non par leur acquéreur ou créancier. M. Vandernotte (1) analyse autrement les choses : « Si, dit-il, le législateur n'avait pas réglementé la copropriété mais avait permis à l'interprète de déduire les droits qu'elle donne d'après les principes ordinairement admis pour les droits réels, on serait arrivé au résultat suivant : les copropriétaires auraient à eux tous usé et joui des choses communes, comme un propriétaire ordinaire. Rigoureusement, il aurait fallu le consentement de tous pour qu'un acte d'usage ou de jouissance pût être accompli. A plus forte raison, pour un acte de disposition..... et le partage est un acte de disposition, il opère l'échange des droits indivis contre des droits exclusifs... Logiquement, en ce qui concerne le partage, en dehors de toute disposition législative, on arrivait à ce résultat qu'aucun des communistes ne pouvait être contraint de céder ses droits indivis et que l'indivision devait, comme tout droit réel, subsister à perpétuité, à

(1) *Annales* citées p. 450.

moins que tous les copropriétaires ne consentissent à la faire cesser. » Tel est donc l'effet naturel de l'indivision : un droit réel de copropriété exercé dans tous ses attributs par l'unanimité obligée des titulaires. Or, l'indivision peut être un état économiquement mauvais ; il est souhaitable en principe que les copropriétaires puissent le faire cesser. A cet effet, la loi a détaché à leur profit un des attributs de la copropriété : le droit de demander le partage. C'est là le régime légal de la copropriété. Mais la loi ne prohibe pas le régime naturel : les coïndivisaires n'auront qu'à renoncer au régime légal. Ce sont ces deux régimes de l'indivision qu'admet côte à côte l'article 815 : « nul n'est contraint à demeurer dans l'indivision..... on peut cependant convenir de suspendre le partage » (1). On aperçoit l'intérêt de cette analyse : les coïndivisaires, ayant suspendu le partage, sont simplement revenus à l'état d'indivision normale et l'état d'indivision est de créer un droit de propriété dont les attributs sont aux mains de l'ensemble des copropriétaires et non pas d'un seul. On ne peut donc pas dire que le droit pour l'un d'eux de demander le partage ait été éteint par la convention, « car il n'a jamais existé » pour lui (2). M. Vander-

(1) Pour une période qui ne peut dépasser cinq ans s'il s'agit d'une indivision quelconque, mais pour une durée indéterminée s'il s'agit d'une indivision résultant d'un contrat de société. Art. 1844, 1863, 1869 C. c.

(2) Page 449, *op. cit.*

notte peut conclure : « La convention de demeurer dans l'indivision établissant un droit réel d'une façon stable pour une certaine période permet à chaque communiste d'invoquer ce droit réel contre tous ceux qui voudraient provoquer le partage : communistes, créanciers personnels de l'un d'eux, acquéreurs d'une part indivise. »

Nous concevons, désormais, que la théorie qui écarte les créanciers personnels en attribuant un droit réel à la masse puisse prétendre qu'elle ne fait qu'appliquer un principe de droit commun. C'est le droit commun de l'indivision. L'article 1860 ne fait qu'appliquer à l'indivision sociale les principes de toute indivision telle que la conçoit le Code civil.

Or, l'indivision sociale est par essence une indivision volontaire. C'est donc la volonté des parties qui aura, en dernière analyse, pour effet de créer une masse de biens indisponible pour les titulaires agissant individuellement ; seulement aliénée et engagée par la masse ou ses représentants ; de créer, enfin, un patrimoine obéissant à un régime distinct, affecté aux seuls créanciers sociaux. L'idée de « patrimoine d'affectation » forme ainsi, au fond, avec la personnification de la collectivité sociale, l'ensemble des explications fournies de la situation créée par l'article 1860. L'idée d'affectation consiste à accorder aux parties une sorte de pouvoir de spécialisation du gage de leurs obligations. Elles pourront, en affectant certains biens à un but déterminé, au but social, les soustraire aux poursuites de leurs créan-

ciers. En dernière analyse, une universalité sera constituée indépendante des personnes physiques qui en restent propriétaires.

§ IV. — Système historique du patrimoine d'affectation.

Cette conception a été précisée et historiquement établie par M. Saleilles, pour la commandite de l'ancien droit. Dans son « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite » (1), M. Saleilles démontre que les commandites n'étaient pas, dans l'ancien droit, personnes morales et il démontre d'autre part qu'elles ont pourtant fonctionné pendant tout l'ancien régime comme elles fonctionnent aujourd'hui. Or, à défaut de personnalité civile, il faut admettre sans aucun doute que le patrimoine social est la copropriété des associés : le patrimoine doit se rattacher à une personne ; s'il n'appartient pas à la personne civile société, il appartiendra aux personnes réelles dont les apports ont servi à la constituer. Mais si la copropriété établie obéit aux règles du droit romain, trois effets s'ensuivront : 1° droit au partage pour chacun des co-propriétaires ; 2° droit de disposition de chacun d'eux relativement à sa part ; 3° confusion de patrimoines entre la part qui appar-

(1) *Annales de Droit commercial*, année 1893, n° 1, Doctrine, p. 10. — V. également la seconde des notes citées de M. Meynial au *Sirey*.

tient à chacun et son patrimoine propre. Or, aucune de ces trois conséquences ne doit être admise pour la commandite de l'ancien droit. Elles sont toutes les trois repoussées par les textes. En écartant la troisième notamment, on obtenait cet effet d'exclure les créanciers personnels de l'associé de tous droits sur les biens sociaux, réservés exclusivement aux créanciers de la société. On excluait aussi toute compensation entre la créance d'un créancier personnel de l'un des associés et la dette de la société envers le même créancier. En un mot, il y avait séparation des patrimoines. Et cela était conforme à toutes les traditions. C'est que la co-propriété établie ne ressemblait en rien à celle du droit romain. Il y avait là simplement un exemple de la conception de la co-propriété qui fut le droit commun au Moyen-Age, qui est celle de sociétés taisibles, celle que les Allemands ont dénommée « propriété en main commune, gesammte Hand », parce que, « s'il y avait encore indivision en ce qui touche le fond du droit et la répartition théorique des parts individuelles, il y avait unification sous une même main et administration unique » (1). « Et, alors qu'il s'agit de société de commerce, fondée par des gens qui gardent chacun leur vie séparée et par suite leur petit patrimoine propre, cela revient à constituer un patrimoine commercial séparé de chacun des patrimoines personnels des asso-

(1) Saleilles, *Annales de Droit commercial*, 1897, 4, p. 34.

ciés. Le patrimoine social des sociétés de commerce... apparaît ainsi comme une application de la propriété commune. Mais de plus, comme c'est une masse commune constituée par des gens qui gardent leur existence séparée et par suite leur patrimoine personnel, cette masse commune se présente avant tout comme une séparation de patrimoines, comme une constitution de patrimoine en dehors de chacun des patrimoines individuels des ayants droit. Nous arrivons donc à cette conclusion certainement admise dans l'ancien droit : un individu peut, par voie d'affectation volontaire, soustraire une part de ses biens au gage de ses créanciers... (1). »

Tel est, historiquement, le principe de l'affectation de biens à une destination exclusive, par quoi, pratiquement, le même résultat est atteint qu'à l'aide de la fiction de personnalité. De même façon l'indisponibilité du fonds social entre les mains de l'associé est expliquée et le bon fonctionnement de la société est aussi assuré d'une base solide.

M. Saleilles juge en effet, finalement, ainsi, l'idée de patrimoine d'affectation par comparaison avec celle de personnalité (2) : « Aujourd'hui, dit-il, l'associé qui fait un apport à une société de commerce ne dit plus qu'il affecte une part de son patrimoine à une entre-

(1) *Annales de Droit commercial*, 1897, 1, p. 37.

(2) *Annales de Droit commercial*, 1897, 1, p. 38.

prise commune ; il dit qu'il *aliène*, parce que la société étant personne morale, l'apport se réalise par un transfert de propriété. Mais il n'y a que le nom de changé et le nom ne fait rien à l'affaire... » Et plus loin (1) : « Nous aboutissons ainsi exactement à la conception que présente aujourd'hui un patrimoine doué de personnalité ; le nom seul fait défaut. »

SECTION IV

ADOPTION DE LA PERSONNALITÉ COMME EXPLICATION DU FAIT DE L'INDISPONIBILITÉ DU FONDS SOCIAL.

§ 1^{er}. — Quels sont les adversaires de la personnalité.

Ainsi, nous constatons avec M. Saleilles, à la fin de cet examen des explications — ou plutôt des deux explications — qu'on peut donner de l'article 1860, qu'elles prétendent, toutes les deux, assurer de même façon la marche de la société vers le but social. Or l'idée de personnalité s'est longtemps présentée seule à l'esprit des commentateurs pour expliquer toutes les conséquences utiles qu'on veut maintenant tenter d'attacher

(1) *Annales de Droit commercial*, 1897, 1, p. 41.

à l'idée d'affectation. D'intérêt pratique à adopter une explication de préférence à l'autre, on n'en voit guère, de l'aveu même des partisans de l'affectation. On peut seulement invoquer, pour nous servir de l'expression de M. Saleilles, l'intérêt théorique de « la rectitude des idées juridiques (1) ».

A vrai dire, les adversaires de la personnalité des sociétés civiles ne sont pas seulement ceux qui acceptent, d'ailleurs, comme un fait la teneur et le sens de l'article 1860 et les conséquences que nous en avons tirées, et qui se bornent à en donner une explication qu'ils croient seule rationnelle et historique. Il y a aussi ceux qui veulent à la fois abolir la personnalité et ses conséquences ; qui, peu convaincus de l'orientation nouvelle du but de la société, ne veulent point admettre que le Code civil ait conformé l'institution à une fin de bénéfices, qu'il en ait fait un organe de crédit. Pour eux, non plus qu'à Rome, la société n'a de vie extérieure. Elle est un contrat de comptes entre les associés. Pas plus que tout autre contrat elle n'intéresse les tiers. Elle ne s'extériorise pas. C'est dire qu'elle n'offre pas aux créanciers sociaux un gage spécial qui les constituerait en différence avec les créanciers personnels des associés ; pas de patrimoine social — comment y aurait-il personification ? La base manque. Il n'y a pas de droits à doter d'un sujet de droits. En somme, ils nient la per-

(1) *Annales de Droit commercial*, 1897, 1, p. 42.

sonnification parce que la personnification n'est pas nécessaire à la société, telle qu'ils la conçoivent : la société n'a pas pour but la constitution d'un patrimoine qu'on offrirait en gage de contrats productifs de bénéfices ; or, ce qui est personnifié c'est un patrimoine, une universalité de créances et de dettes ; il n'y a donc pas lieu à personnification. Ces adversaires de la personnalité atteignent donc l'extériorisation à travers la personnalité.

La personnalité est pour eux le prétexte. Ils veulent conclure de l'absence de personnalité à l'absence d'un patrimoine social juridiquement indépendant. Or, nous avons établi, à leur encontre, la teneur et la portée de l'article 1860 qui sert logiquement le but marqué pour toute société par l'article 1832.

Ce que nous devons faire maintenant, c'est examiner et combattre les arguments fournis contre la personnalité pour atteindre la conception d'une société qui s'extériorise. Nous avons négligé, en donnant nos raisons d'admettre cette conception, d'examiner les raisons de nos adversaires ; nous les examinerons maintenant ; nous aurons alors démontré par une argumentation complète que la société du Code civil est constituée avec un patrimoine indépendant, qu'elle s'extériorise. Nous établirons ensuite que pour qualifier cette situation il faut recourir à l'idée de personnification et non pas s'arrêter à l'idée d'affectation.

§ II. — Réfutation des objections faites à l'extériorisation
de la société du Code civil.

*1° Objection tirée des articles 529 du Code civil
et 69 6° du Code de procédure civile.*

Les articles par lesquels on veut infirmer la portée de l'article 1860 sont au nombre de deux. Repoussent-ils directement la personnalité des sociétés civiles ? pas le moins du monde. La repoussent-ils au moins en mettant au compte de la société civile un caractère inconciliable avec la personnalité ? pas davantage. C'est par une voie plus détournée encore qu'on arrive à fonder sur eux la thèse de l'absence de personnalité. On constate que ces deux articles admettent deux conséquences de la personnalité. On déclare qu'ils ne les admettent que pour les sociétés commerciales, et c'est pourquoi on conclut que la loi a voulu les refuser aux sociétés civiles et manifester ainsi sa volonté de leur refuser la personnalité.

C'est d'abord l'article 529 du Code civil. Il déclare meubles les actions ou intérêts dans les compagnies de « finance, commerce ou industrie ». On dit : c'est parce que les associés n'ont qu'un droit de créance contre la personne morale société que leur droit est toujours mobilier. S'ils étaient propriétaires des choses sociales

leurs droits prendraient la nature mobilière ou immobilière de ces choses. Or, cet article ne parle que des sociétés de finance, commerce ou industrie, pas des sociétés civiles. — Pourquoi donc le terme *industrie* ne se rapporterait-il pas aux entreprises civiles ? C'est au moins là un terme « un peu fuyant » (1).

Les adversaires de la personnalité des sociétés civiles en conviennent du reste et veulent surtout établir leur thèse sur l'article 69 6° du Code de procédure civile. M. Thiry notamment le trouve décisif (2). Cet article permet d'assigner la société de commerce en sa maison sociale. C'est donc qu'elle est une personne représentant les intérêts de tous les associés. Pour les sociétés civiles, au contraire, puisqu'elles ne sont pas nommées par l'article, la position de défendeur sera occupée par les associés, chacun pour sa part, chacun en son domicile, en vertu de l'adage que « nul ne plaide par procureur » : elles ne sont donc pas personnes morales. Or cette conclusion est-elle autorisée par une simple prétérition ? Peut-on dire qu'elle manifesté une pensée d'exclusion de la part du législateur quand, d'autre part, une telle pensée ne résulte aucunement des travaux préparatoires. Quant à nous, cet article ne nous paraît pas moins fuyant que l'article 529 du Code civil. Il serait plus raisonnable de chercher au contraire si

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 149.

(2) *Revue critique*, 1854, p. 444.

l'analyse permet l'extension aux sociétés civiles de la règle de procédure, et on la trouverait dans l'identité du but poursuivi dans les sociétés commerciales et dans les sociétés civiles : « Dans toutes sociétés, dit M. Vavasseur (1), à ce propos, la personnalité civile est nécessaire... elle ne saurait dépendre de quelque accident de procédure... »

Nos adversaires ne sauraient au surplus nous opposer le mode de rédaction des articles du titre de la société. On a pu prétendre qu'ils personnifiaient en maint endroit l'intérêt collectif (Code c., art. 1845, 1846, 1848, 1850, 1851, 1852, 1859, 1867). Nos adversaires doivent donc plutôt se défendre contre cette vraisemblance. Et nous pouvons, en tout cas, conclure que les expressions du Code à propos de société ne sont certes pas faites pour gêner notre thèse.

*2^o Objection tirée des précédents du Droit romain
et de l'ancien Droit.*

Qu'importe maintenant qu'on puisse invoquer la tradition contre la personnalité des sociétés civiles ?

Nous ne prétendons pas nous appuyer sur la tradition. Nous prétendons et nous prouvons que le Code civil l'a abandonnée. C'est précisément, peut-être, le malheur de cette thèse de la personnalité qu'elle ait été fondée sur

(1) *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, § 27 bis.

la tradition par ses premiers partisans : MM. Troplong et Duvergier surtout. Aussi n'entendons-nous pas, tout en défendant la même cause, nous solidariser avec eux.

M. Troplong (1) pour établir la personnalité de la société en droit romain cite en première ligne la loi 22 D. de *fidejussoribus et mandatoribus*, 46, 1 : « Hereditas vice personæ fungitur sicut municipium, decurio et societas » ; et la loi 3, § 4, D. de *bonorum possessionibus*, 37, 1, où, comme dans la précédente, les sociétés sont placées sur la même ligne que les municipes et les décuries qui étaient assurément des personnes morales. Or, il est aisé de répondre que les sociétés dont il s'agit dans ces textes sont non pas les sociétés du droit commun mais celles à qui précisément, par exception, avait été conférée la personnalité, telles les sociétés de publicains. M. Troplong cite encore la loi 65, § 14 D., *Pro Socio*, 17, 2, où il voit la société personnifiée dans « la caisse commune ». M. Meynial (2) a pu dire à ce propos « qu'il est presque puéril d'invoquer quelques expressions ambiguës employées par les jurisconsultes pour désigner d'un mot les intérêts communs à tous les associés ». M. Duvergier (3) est moins heureux encore ; il voit la preuve de la personnalité dans le caractère de l'action *Pro Socio* qui était personnelle, quoiqu'ayant pour objet le par-

(1) *Traité du Cont. de Soc. civ. et comm.*, 1, § 58 et suivants.

(2) Dans sa note sous Cass., 2 mars 1892, S. 92, 1, 497.

(3) N° 382 de son traité.

tage. Si, prétend-il, chaque associé eût été propriétaire des meubles et immeubles sociaux, cette action eût été réelle ou au moins mixte. — Or, l'action *Pro Socio* n'a pas pour objet le partage des biens de la société ; elle tend à l'accomplissement des prestations personnelles que les associés peuvent se devoir. Voilà pourquoi elle est personnelle ; le partage des biens est l'objet de l'action *communi dividundo* et cette action est en effet mixte. On peut dire à M. Duvergier qu'il succombe sous sa propre argumentation.

La négation de la personnalité résulte d'ailleurs directement de plusieurs textes que nous n'hésitons pas à déclarer absolument concluants : c'est la loi 13 § 1 D. *præscriptis verbis* 19, 5, où le jurisconsulte Julien cite une espèce dans laquelle il ne reconnaît pas la société « quia nemo societatem contrahendo rei sue dominus esse desinit » ; la loi 1 *Pro Socio*, où il est dit que les choses deviennent communes entre tous les associés « res continuo communicantur » ; la loi 13 D. *Pro Socio* « Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare etsi totorum bonorum sint » : l'associé peut vendre sa part ; il est donc propriétaire et non pas l'être moral société.

Mais il faut arrêter ici les citations. On a voulu invoquer contre la personnalité des sociétés civiles d'autres textes où il est dit expressément que la personnalité fut toujours l'objet à Rome d'une concession expresse et rarement accordée. On cite, pour l'ancien

droit français, des passages de même signification. Ceci aurait une bien autre portée. Le Code civil, nous l'avons vu, devait se conformer à la notion de personnalité telle que l'avaient faite les Romains et les légistes. Si donc, il est prouvé que ces textes se rapportent aux sociétés civiles, on n'aura pas seulement démontré que les sociétés civiles n'étaient pas personnes morales dans le droit romain et l'ancien droit, on aura en outre créé une présomption contre la concession *implicite* de la personnalité aux sociétés du Code civil — puisque cette concession doit être en principe formelle et qu'elle est rare. C'est pourquoi nous nous inscrivons en faux contre la portée qu'on veut donner à ces textes. Nous prétendons qu'ils s'appliquent aux personnes morales *publiques* et à celles-là seulement ; que, par conséquent, la question de la personnalité des sociétés civiles, personnes morales *privées*, reste entière et ne doit pas être influencée par eux.

Celui de ces textes qui a paru le plus décisif (1) est la loi 1^{re} D. *quod cujuscumque universitatis* 3, 4, disant en termes exprès que ni la société, ni le collège,

(1) M. Thiry (*Revue critique*, 1854, p. 421), cite en outre la loi 1 D. *De collegiis et corporibus*, 47, 22 : « mandatis principalibus præcipitur præsidibus provinciarum, ne patiantur esse collegia sodalicia, neve milites collegia in castris habeant... » Ce texte dit que les constitutions impériales enjoignaient aux gouverneurs des provinces de ne pas laisser se former de corporations dans les camps, et peut ainsi être invoqué pour montrer la parcimonie du pouvoir dans la concession de la personnalité.

ni toute autre agrégation de ce genre ne forme un corps, *corpus*, c'est-à-dire une personnalité juridique... que si on a permis à certaines sociétés de se constituer en corps, elles sont de rares exceptions : « *neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus haberi conciditur ; nam et legibus et senatus-consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel salinarum...* »

L'énumération que fait le texte des sociétés auxquelles par exception fut accordé le « *corpus* » édifie sur leur caractère. Toutes avaient un caractère plus ou moins public, notamment les sociétés vectigaliennes qui suppléaient dans l'état romain une administration de contributions. C'est si bien que les interprètes les qualifient de « *societates collegiatae* » car elles apparaissaient comme de véritables collèges publics (1), et Savigny (2) dit que « pour distinguer les sociétés purement contractuelles de ces sociétés de corporation, on les appelle quelquefois « *privatae societates* ». Il nous dévoile d'ailleurs (3) la raison toute de droit public, toute politique, qui rendit l'Etat avare de la personna-

(1) V. Troplong, t. I, § 60.

(2) *Traité de droit romain*, t. II, p. 253 de la traduction, en note. Il cite la loi 59, pr., *pro socio*, XVII, 2.

(3) *Op. cit.*, p. 253 et 256.

lité : « Les sodalicia... devinrent dans les temps de trouble, des points de ralliement pour les factions politiques. *Cela nous explique pourquoi ces associations furent plus d'une fois prohibées.* Aussi voyons-nous, dans les sources du droit, qu'en principe aucune association ne peut se former sans l'autorisation du gouvernement, autorisation rare et difficile à obtenir. » En définitive, le droit romain ne pouvait frapper d'ostracisme que les personnes morales publiques, parce qu'il ne connut que la personnalité publique. M. Vauthier dans son « Étude sur les personnes morales » (1) recherche la formation de cette notion de personnalité et où la voit-il se dégager ? dans la cité, dans la curie, dans les collèges, avec le fisc et l'église.

Jamais l'application n'en fut faite aux intérêts exclusivement privés. On ne peut donc pas dire qu'elle leur fut jalousement ménagée. La vérité c'est qu'elle leur était indifférente. La société était telle qu'on ne pouvait la concevoir personne morale. Son rôle était de créer une communauté, « *res continuo communicantur* », non de créer un gage servant d'appui aux affaires, un patrimoine destiné à vivre dans une indépendance et à s'agrandir. Qu'on nous permette l'expression la société romaine n'était pas « personnalisable ».

Voilà pourquoi il est indifférent à notre thèse qu'elle n'ait pas été personnifiée. Le Code civil, puisqu'il a adopté une conception tout à fait différente de la so-

(1) V. le chapitre concernant la période du droit romain.

ciété, a trouvé forcément devant lui comme un terrain vierge au point de vue de la personnalité. Les prohibitions antérieures ne peuvent être invoquées. Il n'avait pu être question de faire fréquente ou rare une personnalité qui n'était pas concevable.

Ce que nous disons de la période romaine, nous le dirons aussi pour l'ancien droit. Les adversaires de la personnalité des sociétés civiles citent des auteurs nombreux dont les passages soulignent la défiance de la loi à l'égard de la personnification.

Ainsi Ferrière (1) disant : « On a toujours tenu pour maxime indubitable que personne ne peut établir aucune congrégation, corps, collège, communauté, soit pour religion, soit pour la police civile, sans la permission du prince. On ne peut donc pas s'assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettres du roi. »

On voit assez que cette prohibition ne s'adresse qu'aux personnes morales intéressant l'ordre public.

On cite, d'autre part, les traités du contrat de société, tels celui de Domat et celui de Pothier, qui sont un démenti donné à l'idée de personnification de la société civile.

Nous répondons, comme pour la société romaine, qu'elle ne fut pas privée de la personnalité mais bien qu'elle n'était pas faite pour la recevoir.

Les prohibitions historiques ne sauraient donc influencer la question.

(1) *Dictionnaire de droit et de pratique*, v^o, Communauté.

Au surplus, l'antique défiance du droit à l'égard de la personnalité n'a pas empêché qu'on l'ait admise pour la société de commerce, sans texte formel, simplement par inférence de quelques dispositions qui se concilient avec cette idée.

3^o Objection tirée de l'absence de publicité ordonnée pour les sociétés civiles.

Il est vrai que la loi commerciale ordonne des mesures de publicité. On a voulu voir une relation étroite entre la personnalité et la publicité. Pour beaucoup la publicité ordonnée est la meilleure preuve de l'adhésion du législateur à la personnalité. Et les sociétés civiles ne seraient pas personnes morales précisément parce qu'elles ne sont pas astreintes à la publicité.

M. Vauthier signale cette doctrine qui fait découler la personnalité de l'obligation à la publicité (1). M. Cassagnade (2), notamment, voit dans la publicité considérée comme preuve de la personnalité « une considération qui l'emporte sur toutes les autres ».

La généralité des auteurs (3) si elle ne fait pas de

(1) Et essaye d'ailleurs de la réfuter. *Op. cit.*, p. 394.

(2) *De la personnalité des sociétés civiles et commerciales*, Thèse, p. 191.

(3) Thaller, *Traité élémentaire de Droit com.*, p. 149 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité des soc. comm.*, p. 96 ; Lyon-Caen, Note sous Cass., 25 mai 1887, S. 88, 1, 461.

l'absence de publicité légale une fin de non recevoir absolue contre la personnalité des sociétés civiles y voit tout au moins une forte présomption de douter de leur personnification.

M. Troplong oppose avec raison que « si pour les sociétés de commerce le législateur a pensé que certaines mesures de publicité doivent servir d'auxiliaire à la volonté des contractants, c'est une précaution spéciale dont on ne saurait argumenter pour effacer un des effets les plus authentiques des sociétés civiles » (1).

Il nous paraît que la portée accordée à la publicité en matière de personnalité provient d'une confusion.

On a la prétention que la publicité avertira le tiers à qui doit préjudicier la constitution de la personne morale. Or, à qui peut-elle préjudicier ? Ce n'est pas aux créanciers sociaux puisqu'elle a précisément pour effet de leur conférer des droits exclusifs sur le fonds social à l'encontre des créanciers personnels (2). Les créanciers personnels, voilà les tiers qui peuvent se plaindre qu'on les dépouille. Or, comment concevoir que la publicité des statuts d'une société leur est un avertissement efficace ? Il faudrait, pour cela, que leur créancier les avertisse, en traitant, qu'il appartient à une société, et à telle société. Il n'y est, certes, pas obligé. D'eux-mêmes

(1) *Contrat de société civile et comm.*, p. 90.

(2) V. à ce propos Cassagnade, *op. cit.*, p. 197.

ils ne s'en aviseront guère. Ce n'est déjà pas sûr quand l'associé appartient à une société collective dont la raison sociale peut ne pas être formée de son nom. C'est plus que problématique si l'associé est un commanditaire ou appartient à une société anonyme : aux quels cas, il n'y a pas d'indications à attendre du nom commercial de la société.

Vraiment, nous ne concevons pas cette préoccupation des auteurs, formulée en ces termes par M. Meynial (1) : « ... La seule chose qu'on peut légitimement exiger est une certaine publicité ; il ne faut pas dépouiller les créanciers personnels sans qu'ils aient été prévenus du sort qui pourrait leur être réservé. »

Les créanciers personnels, presque inévitablement, ne seront prévenus de rien.

Pour qu'ils fussent prévenus, il faudrait que la publicité eût été faite sur le nom de l'associé et de chacun des associés, — comme en matière d'hypothèque — et pas au nom de la société.

Si la loi, en réglementant la publicité comme elle l'a fait, avait voulu avertir les créanciers personnels, vraiment elle aurait manqué son but.

Mais, ce qu'elle veut, c'est avertir les créanciers *de la société*.

En somme, à l'occasion de la personnalité, on fausse le sens et la portée de la publicité légale. La loi insti-

(1) Dans sa note sous Cass., 23 février 1891, S. 92, 1, 73.

tue la personnalité pour avertir les tiers qui traitent avec la société des conditions dans lesquelles la société est formée. C'est une prescription, bien en harmonie avec les besoins de rapidité du commerce, qui dispensera les tiers d'exiger la production des statuts à l'occasion de chaque affaire. Mais elle n'a que très indirectement trait à la création de la personne morale. Elle n'a d'intérêt à ce point de vue pour eux, qu'en ceci, qu'elle les instruit sur l'étendue du patrimoine de la personne morale qui gagera leur créance, comme elle les instruit sur toutes autres conditions de fonctionnement de la société.

En tout cas, la loi ne pouvait songer que la publicité instruirait des correspondants personnels aux associés. Par hypothèse il n'est point alors question de société entre les contractants — comment ces tiers s'inquièteraient-ils des statuts d'une société ? Donc, la publicité n'est pas faite pour eux. Pourquoi dès lors seraient-ils, en raison, fondés à opposer à la constitution de la personne morale l'absence de publicité ? On le voit, cette nouvelle raison invoquée contre la personnalité des sociétés civiles a son origine dans une confusion. Nous sommes en droit de l'écarter comme les autres.

4º Utilité pratique de l'extériorisation de la Société.

Ainsi nous avons pu écarter les objections élevées contre la personnalité des sociétés civiles avec les dis-

positions du Code civil et du Code de procédure, les précédents historiques, l'absence de publicité ordonnée ; et nous croyons pouvoir dire que la conception d'extériorisation de la société sort ainsi victorieuse de la controverse. Au surplus, les auteurs qui la combattent ne nient pas son efficacité à servir les fins de la société : sur le terrain de l'utilité pratique nous n'avons pas de contradicteurs. L'aveu sur ce point est général, il nous suffira de reproduire ces paroles du traité de Bravard-Veyrières (1) : « Le système de la personnalité est le seul favorable au développement des sociétés dont l'actif ne peut être amoindri par des causes étrangères et se trouve spécialement, exclusivement, affecté au paiement des dettes sociales. Ce système est tutélaire et fécond, l'autre mortel pour les sociétés. » On le voit, c'est établir l'utilité d'un patrimoine social indépendant, mis à l'abri des atteintes des créanciers personnels, offert en gage aux seuls correspondants de la société pour assurer son crédit.

5° Adhésion de la Jurisprudence.

La jurisprudence a obéi d'instinct à ces nécessités pratiques. Elle n'a jamais catégoriquement abandonné la cause de la personnalité. Elle l'affirmait déjà en 1831 (2).

(1) Cité par Vauthier, op. cit., p. 395.

(2) Paris, 9 août, S. 1831, 2, 259.

Toutefois, elle hésitait devant quelques-unes des conséquences du principe. C'est ainsi qu'elle fut jusqu'en 1865 (1) pour admettre la signification à la requête de la société et non de tous les associés. Dans une seconde période, elle céda sur la personnalité des sociétés civiles ordinaires, mais maintint leur personnalité quand elles se présentaient sous une forme commerciale. Enfin, les plus récents arrêts (2) affirment nettement la personnalité de toute société. Le dernier à notre connaissance est un arrêt de Cassation, Chambre des requêtes, du 22 février 1898, d'où il résulte qu'une société civile « non sujette à la publication imposée aux sociétés commerciales par les articles 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867, prend par le seul effet de la convention des parties le caractère d'une personne morale capable d'acquérir et de posséder en propre un patrimoine distinct des biens de chacun des associés ». Ainsi paraît solidement établie en pratique et en droit la capacité pour une société civile de posséder un patrimoine en propre, c'est-à-dire la facilité de gager de façon exclusive sur ses biens les dettes sociales, en un mot de « s'extérioriser ».

(1) Cass. 18 nov., S. 66, 1. 445.

(2) Le point de départ est l'arrêt du 23 février 1891 et celui du 2 mars 1892 rapportés au Sirey 1892, première partie, p. 73 et 497, sous lesquels sont les notes déjà citées de M. Meynial. Consulter la première pour l'histoire qu'elle donne de la jurisprudence en matière de personnalité des sociétés civiles.

§ III. — Qu'il convient de rattacher cette situation à l'idée de personnalité et non à l'idée d'affectation.

Faut-il dès lors, comme le fait la jurisprudence, la qualifier de personne morale ? ou, au contraire, cette qualification offense-t-elle « la rectitude des idées juridiques » et faut-il s'en tenir à l'idée d'affectation ? Au nom même de la rectitude des idées juridiques, nous pensons qu'il faut voir dans la société extériorisée par le Code civil une véritable personne morale telle que le législateur les entend.

1° Parce que la société civile possède les éléments de la personnalité civile.

Il est en effet des caractères extérieurs auxquels on reconnaîtra forcément la personnalité, quand elle existe. Si ces caractères se rencontrent dans la société du Code civil pourquoi lui refuserions-nous la qualité de personne juridique ? Ils ont été nettement précisés par la pénétrante analyse des jurisconsultes romains (1) : *quibus autem permissum est corpus habere collegii, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicæ habere res communes,*

(1) L. I, § 1, § D. *Quod cujuscumque universitatis*, III, 4.

arcam communem et actorem sive syndicum per quem tanquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat. Et Savigny conclut : « Toutes ces corporations artificielles ont un caractère commun : créées à l'image des villes, comme elles, elles peuvent posséder et se faire représenter, et voilà précisément ce qui constitue la personne juridique (1). » Or, qu'a fait le Code civil sinon de conférer la possession d'un fonds commun, *arca communis*, à une collectivité formant corps, puisque les individualités qui la composent sont sans droit sur ce fonds social ? Et d'autre part, ne résulte-t-il pas de l'article 1860, par un *a contrario* évident, que le droit refusé à l'associé est conféré à l'administrateur « de faire tout ce qu'il importe de faire pour l'intérêt commun » ? Nous pouvons mettre au compte de la société du Code civil ce que M. Vauthier se borne à dire de la société par actions : « C'est la véritable universitas romaine, collection d'individus, avec un *syndicus* et une *arca communis*, une personne civile (2). »

2° *Par raison d'identité avec la situation qualifiée personnalité par le droit public.*

Il est d'ailleurs possible qu'on retrouve là, également, les éléments de la « propriété en main commune », et

(1) *Traité de Droit Romain*, § 88, p. 259 de la traduction.

(2) p. 409 environ.

que le Moyen-Age ait expliqué cette situation sans recourir à la fiction de personnalité. Ce ne peut être une raison de bannir la personnalité de notre explication du Code civil. Pour y renoncer, il faudrait que la législation moderne n'eût point par ailleurs qualifié de personification une situation identique. Or, sur le terrain du droit public, c'est le principe qualifié personnalité qui rend compte des caractères que le Code civil a conférés à la société. Les personnes morales publiques ne diffèrent des personnes morales privées que par les fins qu'elles se proposent ; leurs éléments sont les mêmes, relevés pour toute personne morale par les textes romains et par Savigny, dans les termes que nous avons cités. Pourquoi dès lors se refuser à expliquer par le même principe les mêmes manifestations. La filiation à ce principe n'est-elle point par là même démontrée ? et peut-on dire que ce n'est pas là argumenter avec rectitude ?

3° Pour la netteté de l'explication qu'elle fournit.

Aussi bien faut-il peut-être voir dans cette controverse, bien plutôt qu'une question de principes, une question de tempérament et de tournure d'esprit. Quoiqu'on fasse, l'affectation de biens, à la suite de laquelle un même patrimoine est divisé et régi comme s'il appartenait à deux titulaires différents, demeurera une explication contournée. L'analyse a pu être exacte à un mo-

ment de l'histoire, et pour certaines législations, elle n'en est pas moins subtile. Quoiqu'on en ait dit, l'analyse des jurisconsultes romains nous paraît autrement nette et tranchée dans ses résultats. Elle crée une situation d'étranger à étranger. Grâce à la fiction de personnalité on aperçoit deux patrimoines. L'esprit n'hésite plus à concevoir que les deux masses de biens puissent évoluer dans une indépendance réciproque, qu'elles aient leurs débiteurs et leurs créanciers propres. « La fiction du moins est simple » a-t-on dit (1), et M. Troplong ajoute qu'elle est « utile et expressive (2) ». On ne peut pas dire, en effet, que l'esprit ait à faire grand effort pour « supposer » une notion familière, celle de personne, d'où découlent naturellement les particularités qu'il s'agit d'expliquer. Cette supposition est, de plus, celle d'une chose très concrète et qui parle merveilleusement à l'imagination. L'affectation de biens nous oblige davantage, somme toute, à l'abstraction. Elle demeure pour l'esprit, la théorie des effets de la personnalité sans la personnalité. Aussi bien, a-t-elle une origine germanique, et c'est un auteur allemand, M. de Lehning, qui a fait une sorte de reproche à la théorie de la fiction d'être « anthropomorphique (3). »

(1) Nous empruntons l'expression à M. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 437. M. Thaller ne laisse pas pourtant d'avoir donné un relief particulier à certains arguments contre la personnalité des sociétés civiles. V. *op. cit.*, p. 424 et 425.

(2) *Contrat de société civile et commerciale*, § 58.

(3) V. Van den Heuvel, *op. cit.*, p. 27.

Il ne saurait nous déplaire, quant à nous, qu'on puisse rattacher des conséquences, d'ailleurs admises par nos adversaires, à une notion qui forme image, quand elle obéit d'autre part à la rigueur exégétique, — ce que nous espérons avoir démontré (1).

SECTION V

PORTÉE DU PRINCIPE DE LA PERSONNALITÉ. — REPRÉSENTATION JUDICIAIRE DE LA SOCIÉTÉ.

Une conséquence de la personnalité sera la faculté pour la société d'estimer en justice par son administrateur. « De ce qu'un corps, dit Pothier (2), est une personne intellectuelle, il s'ensuit qu'il ne peut faire par lui-même tout ce que les corps sont capables de faire, comme contracter, plaider.... Il est d'abord de la nature de chaque corps d'avoir un ou plusieurs procureurs par

(1) M. Saleilles prétend bien (*Annales de Droit commercial de 1897*, 4, p. 45) assigner à la théorie de l'affectation une origine française ; à tout le moins cela ne peut s'entendre que des pays de coutumes, puisque M. Saleilles reconnaît, en somme, p. 30, que les pays de droit romain expliquèrent les sociétés de commerce par la notion de personnalité ; et il cite Stracca : « Quia societas est corpus mysticum, ex pluribus nominibus conflatum ».

(2) *Des personnes*, œuvres complètes, éd. Dupin, t. 8, p. 85.

l'organe desquels ils puissent faire ces choses ». Si la société n'était pas une personne morale, si c'étaient, en conséquence, les associés qui fussent titulaires des droits et actions sociales, l'administrateur serait non pas le porte-voix de la société mais le représentant de divers associés. Or, la maxime que « nul ne plaide par procureur » est encore en vigueur (1). Et la conséquence fâcheuse pour le bon fonctionnement de la société serait (art. 61, Code proc. civ.) que, à peine de nullité de la procédure, l'exploit devrait contenir les nom et domicile de tous les associés, tant en demandant qu'en défendant. A vrai dire, la jurisprudence considère que la maxime n'est pas d'ordre public ; qu'on peut y renoncer ; et que cette renonciation peut résulter de l'adhésion donnée aux statuts en traitant avec la société (2). M. Mongin (3) a habilement tiré parti de cette situation de fait pour pousser à fond sa thèse que les prérogatives rattachées habituellement à la personnalité résultent, pour les sociétés, du droit commun. Mais, dire situation de fait, c'est dire précarité. Il faudrait s'en remettre à la prévoyance des statuts et à l'appréciation des tribunaux. Il est plus sûr pour les sociétés civiles qu'elles soient, à ce point de vue si important, à l'abri d'un principe ; et c'est le bénéfice que nous entendons

(1) Sauf controverse cependant. V. Naquet, *Rev. critiq. de lég.*, 1875, p. 638.

(2) V. Houpin, *op. cit.*, I, p. 284, citant la jurisprudence.

(3) Art. cité de la *Rev. critiq.*, 1890.

tirer de notre adhésion motivée à la personnalité de ces sociétés (1).

(1) La tendance en législation est à l'abolition de la maxime « nul ne plaide par procureur », qui ne s'explique par aucun motif rationnel. V. à ce sujet une note de M. Lyon-Caen, sous Cass., 25 mai 1887, S. 88, 4, 161. En Angleterre (partnerships) et en Allemagne, des sociétés non personnes morales peuvent intenter une action en justice ou y défendre sous leur raison sociale.

CHAPITRE II

QUE LA SOCIÉTÉ CIVILE N'EST PAS OBLIGATOIREMENT « INTUITU PERSONÆ ».

§ 1^{er}. — Que la composition du personnel de la société
peut varier.

Ainsi la conception du Code civil aboutit à la constitution d'un gage exclusivement affecté au but de l'entreprise.

Pour compléter la physionomie de la société civile en ce qu'elle contient de nouveau, il reste à dire qu'à la différence de la société romaine, elle n'est pas nécessairement formée *intuitu personæ*. Cela n'a rien qui doive étonner, car ce fait que des modifications dans la composition de la société ne se conçoivent pas à Rome, tient à la fonction économique de la société romaine. La société a pour fin de procurer à ses membres l'utilisation directe des objets mis en commun. C'est parce que cette utilisation agréée à certaines personnes qu'elles se constituent en société, se donnant

réciiproquement le droit d'user et de jouir des apports. *A priori*, la survenance d'un tiers constituera un trouble, et on conçoit que les contractants ne se soient pas soumis à cet aléa. Nous avons signalé dans notre introduction, combien ce caractère parut essentiel aux juriconsultes romains. Quand la fonction économique changea pour certaines sociétés (1) où l'utilisation directe par les membres du fonds social ne pouvait guère se concevoir, ils ne se décidèrent que difficilement à admettre que la société persistait quand un associé venait à disparaître. Pareille chose fut d'ailleurs toujours inconcevable dans les sociétés ordinaires. On voit à quel point le principe fut inflexible.

On ne saurait prétendre, au moins sur ce point, que le Code civil n'a pas innové. La société y est formée afin de réaliser des bénéfices. Pour atteindre cette fin, le Code conçoit le fonds social comme un gage offert en première ligne aux créanciers sociaux. Dès lors la personne des associés n'apparaît jamais, en tout état de cause, comme aussi essentielle qu'à Rome. L'associé est comme à côté du capital social, pour ajouter une garantie personnelle à la garantie qu'offre ce capital ou pour le faire fructifier par son industrie. Mais les contractants peuvent juger que le capital réuni suffira à assurer le crédit de la société et que l'industrie des associés peut être

(1) *Sociétés vectigaliennes*. V. Vauthier, p. 45, cité dans l'introduction.

remplacée sans inconvénient par celle d'un tiers : ils peuvent penser que l'entreprise s'accommodera d'un changement de personnel. Pourquoi le Code se refuserait-il à sanctionner une volonté conforme au but qu'il assigne à la société ? Aussi le principe romain de l'immutabilité du personnel social est-il nettement abandonné par lui. L'article 1861 dit que l'associé ne pourra, sans le consentement de ses associés, associer un tiers à la société. Donc, le consentement des co-associés pourra permettre l'admission d'un nouveau membre. Et « comme la loi ne soumet ce consentement à aucune forme, on doit en conclure qu'il pourrait être donné de toutes les manières même tacitement » (1), et, par conséquent, même dans les statuts. Au surplus, l'article 1868 déclare que les statuts pourront stipuler que la société continuera avec des héritiers d'un associé — tranchant ainsi l'hypothèse devant laquelle hésitaient les jurisconsultes romains.

§ II. — Que la transmission des parts est d'ailleurs favorisée par leur caractère mobilier.

Une circonstance facilitera d'ailleurs la transmission des parts ainsi admise par le Code civil : c'est que les parts sociales sont un bien mobilier. C'est là, pour

(1) Dalloz, *Répertoire*, v^o *Société*, 583.

nous, une nouvelle conséquence de la personnalité de la société. La personne fictive ayant la propriété du fonds social, le droit des associés dans la société ne saurait être qu'un droit de créance contre elle. Or, il est superflu d'insister sur la facilité de transmission des créances, d'autant que — nous l'établirons dans notre seconde partie — cette transmission est susceptible de s'effectuer par les modes commerciaux.

Au surplus, l'idée de personnalité n'est peut-être pas indispensable pour expliquer le caractère mobilier des parts sociales. Ce caractère leur serait conféré par l'article 529 du Code civil. M. Mongin (1) voit dans cette disposition une application de la théorie de l'accessoire. Le droit de l'associé, observe-t-il, est avant tout un droit aux bénéfices. S'il est en outre un droit de propriété, susceptible par conséquent de prendre la nature immobilière des objets sur lesquels il porte, ce n'est qu'accessoirement. Or, il est urgent de qualifier dès l'origine de la société la nature de ce droit complexe. Sinon on sera dans la fâcheuse situation d'ignorer s'il devra entrer dans le legs des immeubles ou dans le legs des meubles, s'il fera partie ou non de la dot mobilière, etc... Le législateur se rendant à cette nécessité a déterminé la nature du droit de l'associé et il l'a fait en appliquant la règle rationnelle qui veut que le principal l'emporte : *accessorium sequitur principale*.

(1) Art. cité de la *Rev. crit.*, de 1890.

Telle serait l'explication du caractère mobilier conféré aux droits de l'associé par l'article 529.

Nous n'avons pas à nous prononcer sur l'explication qu'il convient de donner à cet article car nous ne nous sommes pas appuyé sur lui pour démontrer la personnalité des sociétés. Il nous suffit de constater qu'il ne vient point infirmer une des conséquences les plus précieuses de la personnalité et que, grâce à lui, pour les adversaires de la personnalité comme pour nous, est établie une circonstance qui facilitera la transmission des parts de la société.

CONCLUSION

Ainsi, loin d'être indifférente aux tiers comme la société romaine, la société du Code civil nous apparaît avant tout comme la constitution d'un gage assurant le crédit de la collectivité; et la formation de ce gage pourra être si exclusivement dans les préoccupations des parties que la personne de l'apporteur deviendra indifférente. Il faut, avant tout, organiser un instrument de crédit, partant un instrument de bénéfices. Or, ainsi que nous l'avons signalé dans notre introduction, que sont les formes commerciales de société sinon des perfectionnements de cet instrument de crédit? Nous pouvons ainsi conclure, sur notre premier chapitre, en énonçant l'identité de nature des sociétés commerciales et des sociétés civiles. L'institution a, ici et là, le même sens. *A priori*, la raison admettrait la même faculté de perfectionnement. Les dispositions du Code civil s'opposent-elles à ce perfectionnement selon les modes commerciaux? C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

DEUXIÈME PARTIE



LE CODE CIVIL ET LES FORMES COMMERCIALES

NATURE DE LA DIFFICULTÉ ET ORDRE DE DÉMONSTRATION.

La société, étant personne morale, est à nos yeux comme la principale obligée vis-à-vis des tiers. Son patrimoine, le fonds social, est le gage qu'elle offre au public. A côté de ce gage le Code civil place, en règle ordinaire, le gage offert par la personne même des associés, c'est-à-dire par leur fortune extra-sociale. C'est en faisant varier l'intensité de cette obligation personnelle que le Code de commerce a, de diverses façons, abouti à augmenter le crédit de la société. Tel est l'intérêt des diverses formes commerciales. Tantôt elles aggravent l'obligation personnelle des associés, tantôt elles la font disparaître, c'est-à dire qu'elle réduisent à l'apport le sacrifice pécuniaire de l'associé. Le but poursuivi s'accommode très bien de ces deux situations qui paraissent contradictoires. Dans le premier cas, la responsabilité personnelle est augmentée : c'est la société en nom collectif. L'associé du Code civil est responsable indéfiniment, mais seulement pour sa part virile ; l'associé en nom sera tenu solidairement de tout le passif social. L'augmentation de garantie pour les tiers est manifeste. Au contraire, *à priori*, les formes dans les-

quelles la responsabilité de l'associé est réduite à l'apport paraissent aller contre le crédit de la société. Cela serait vrai si le capital social ne venait compenser l'absence de responsabilité des associés. Or, précisément, l'allègement procuré aux associés rend plus aisée la formation du capital nécessaire. La solidarité de la société en nom a pu effrayer les apporteurs. L'assurance qu'ils ne subiront pas le passif sur les biens qu'ils n'ont pas voulu mettre dans l'entreprise les décide à venir augmenter l'apport. Et ainsi s'accroît la garantie directe des tiers. Telle est la raison d'être de la société en commandite. Une dernière forme, la forme par actions, utilise, pour réunir son capital plus aisément encore, la faculté pour les associés de transmettre leur place dans la société avec leur part sociale. Les associés, assurés de n'être plus prisonniers de leur titre, de sauver même leur apport en vendant leur part sociale si la prospérité de la société leur paraît menacée, hésiteront d'autant moins à souscrire.

Les sociétés civiles peuvent-elles faire varier, suivant ces modes, la responsabilité de leurs membres? Telle est la difficulté.

La question est double en principe. On a, en effet, contesté, ou que les clauses d'où résultent les diverses formes pussent être valablement introduites dans les statuts d'une société civile, ou que ces statuts fussent opposables aux tiers. Nos explications à propos de chacune des formes commerciales seront donc en

principe données à ces deux points de vue distincts. Nous examinerons si la clause des statuts est valable en soi, et d'autre part, si elle est opposable aux tiers. Nous n'excluons pas d'ailleurs les arguments qui confondent les deux points de vue.

Disons tout de suite qu'en ce qui concerne l'opposabilité on n'a pas usé assez délibérément, à notre sens, des principes du mandat qui obligent les tiers à s'informer des pouvoirs du mandataire (Code civ. 1998). Le représentant de la société qui a mission de l'engager n'est pas autre chose qu'un mandataire. L'acte de société est le pouvoir en vertu de quoi il agit : « Les statuts, dit M. Beudant (1) sont le traité passé avec le public, ils sont la charte directrice à l'égard des tiers. » Nous aurons l'occasion d'insister sur cette idée. Nous allons en faire la première application — guère contestée celle-là — à la société en nom collectif.

(1) Sous Cass., D. 1879, 4, 5.

CHAPITRE PREMIER

LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF ET LA SOLIDARITÉ.

§ 1^{er}. — La clause stipulant la solidarité des associés
est valable en soi.

La société en nom collectif est la première forme que nous rencontrons au Code de commerce. Elle a pour propriétés d'être désignée sous une raison sociale et d'entraîner la solidarité de tous ses membres « encore, dit l'article 22 du Code de commerce, qu'un seul des associés ait signé ». Ceci paraît une contradiction avec le régime de la société civile : « Dans les sociétés autres que celle du commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales... » (Code civ. 1862). Mais ce n'est pas à dire qu'ils ne puissent se soumettre à cette solidarité. Aucun principe n'interdit à un débiteur de donner spontanément aux tiers une garantie que la loi n'imposerait pas. D'ailleurs Pothier s'est précisément expliqué à ce sujet : « Chaque associé

est tenu pour sa part à moins que la solidarité ne soit formellement exprimée (1). »

§ II. — Que cette clause peut être invoquée par les tiers.

Les tiers pourront-ils invoquer la clause de solidarité. Rien ici ne permet de le contester. Les associés doivent se conformer aux statuts parce qu'ils sont le pouvoir suivant lequel on a traité, « la charte directrice ». A plus forte raison la prétention des tiers sera-t-elle justifiée si la société civile, prenant de tous points la physionomie de la société en nom, a traité sous une raison sociale. Car cela équivaut à une information spontanée donnée aux tiers, pour qui il sera dès lors superflu d'examiner les statuts. Ainsi, soit par la vertu du sens attaché à la raison sociale, soit par l'application des principes du mandat la clause de solidarité pourra être invoquée contre les membres d'une société civile.

(1) T. IV, édit. Bugnet, p. 279.

CHAPITRE II

LA COMMANDITE ET LA LIMITATION DE RESPONSABILITÉ A L'APPORT.

La société en commandite n'est pas une combinaison différente en son entier de la société en nom. Des associés, il faut faire deux parts. Les uns qu'on appellera commandités seront « responsables et solidaires » (Code com., art. 23), et la société sera pour eux une société en nom. Les autres, les commanditaires, « ne seront passibles des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils auront mis on dû mettre dans la société » (Code com., art. 26). Le rapprochement de ces deux catégories d'associés crée la société en commandite. On a nettement défini son but économique en disant qu'elle est la conjonction du capital et du travail : d'un côté le commandité qui doit ses soins à l'entreprise et qui y est stimulé par l'enjeu de tout son avoir ; de l'autre, un capital apporté par un commanditaire que l'activité de l'associé en nom fera fécond, sans besoin, ni droit (Code com., art. 27) pour le bailleur de fonds de se

mêler de l'entreprise. C'est à son sujet qu'apparaît le contingent de nouveauté qui apporte la commandite : le commanditaire n'est point passible des pertes au-delà de son apport.

SECTION PREMIÈRE

LA CLAUSE DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ EST-ELLE VALABLE EN SOI ?

N'y a-t-il pas là une prérogative interdite aux contractants sur le terrain du droit civil ? La question se pose donc ainsi : les statuts d'une société civile peuvent-ils limiter au montant de son apport la responsabilité pécuniaire de l'associé ? A la vérité, on ne se montre guère, sur le principe, défavorable à la société civile ; on accorde que les associés pourront stipuler de leurs coassociés l'exonération de leur fortune extra-sociale. L'article 1855 du Code civil paraît formel. Cet article prend soin de dire que l'associé ne pourra affranchir son apport de toute contribution aux pertes. On doit entendre par a contrario, que l'avoir qui n'a pas été l'objet d'un apport pourra être affranchi.

SECTION II

CETTE CLAUSE EST-ELLE OPPOSABLE AUX TIERS ET DANS QUELLES
CONDITIONS.

De plus, cet article serait de nulle signification s'il ne rendait pas possible pareille restriction à l'égard des créanciers de la société (1). Aussi disions-nous qu'on s'entend sur la possibilité d'une limitation même vis-à-vis des tiers. Les difficultés ne surgissent que lorsqu'il s'agit de savoir dans quelles conditions cette clause est opposable. On voit qu'il n'y a là en somme qu'une question de forme. Mais elle ferait courir un grand danger au principe. On dit, en effet : les associés auront le droit de stipuler dans les statuts la limitation de leur responsabilité à l'apport, mais pour que cette limitation soit opposable aux tiers, il la faudra insérer et renouveler dans tous les contrats que passera la société. On conçoit qu'il reste désormais, en fait, peu de chose de la faculté concédée, en apparence, aux sociétés civiles. Si une pareille formalité s'impose, on pourra, en principe, proclamer la liberté de restriction de la responsabilité à l'apport, on n'aura

(1) V. Labbé sous Cass., *Req.*, 21 février 1883, S. 1884, 1, 363.

certainement pas le droit de dire que la forme de la commandite est accessible aux sociétés civiles. Le commanditaire stipule dans les statuts qu'il ne sera tenu que de sa mise sociale et il n'a pas à se préoccuper autrement des conséquences de contrats auxquels il ne participera point en personne. Il nous faut démontrer que le privilège a la même portée dans la société civile, et nous aurons alors, mais alors seulement, établi qu'elle peut véritablement prendre la forme de commandite. Tel est l'objet de notre démonstration.

§ 1^{er}. — **Objection tirée de l'article 1863 du Code civil
et réfutation.**

Nos adversaires ont fait leur siège sur l'article 1863 du Code civil. Il règle en effet les rapports des associés avec des tiers : il dit : « les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fut moindre si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part ». La jurisprudence le traduit ainsi : que la limitation de responsabilité convenue au profit du commanditaire dans les statuts est sans effet au regard des tiers ; et qu'il n'en sera autrement que si, dans chacun des marchés, une clause précise de restric-

tion est insérée (1). M. Pont (2) s'est fait le champion de ce système. Le raisonnement est celui-ci : l'article 1863 déclare que les associés qui ont contracté sont tenus envers le créancier chacun pour une somme et part égales, à moins que l'acte n'ait spécialement restreint l'obligation. Et il y a deux façons de contracter. On contracte par soi-même ou par mandataire. L'article 1863 ne distingue pas. Donc, qu'ils figurent à l'acte ou qu'ils y soient représentés, les associés seront tenus pour une part virile, à moins de stipulation expresse dans l'acte passé.

Or, cela revient à dire que les principes du mandat ne trouvent pas leur application en matière de société. Et, à la place, on introduit un formalisme étroit contre lequel proteste l'esprit de notre législation. On convient que l'administrateur de la société agit comme mandataire des associés non présents à l'acte ; pour interpréter cet acte, il faut apparemment recourir aux statuts qui sont le *pouvoir*, c'est-à-dire la *loi même* des parties traitant par mandataire. Or, on veut exiger que la clause des statuts soit reproduite dans l'acte dressé. Les parties l'auront connue : la loi (art. 1998) impose aux tiers qui traitent avec le mandataire de prendre connaissance du pouvoir, et en tous cas de s'y conformer ; n'importe, il faudra écrire une seconde fois, *ad solem-*

(1) V. notamment Cass., 21 février 1883, S. 84, 1, 363, et la note en sens contraire de M. Labbé.

(2) Pont, *Rev. Crit.*, 1884, p. 519.

ninatem. Il y a là un formalisme dont la signification nous échappe.

Tout cela résulte sans doute d'une insuffisance d'analyse : On pose en principe l'obligation indéfinie de celui qui s'oblige. Cela est exact. L'article 2092 l'établit nettement ; qui s'oblige oblige le sien. Il n'est pas douteux qu'il y ait là une présomption à combattre. En l'absence de volonté contraire exprimée, les associés seraient tenus sur tous leurs biens. Mais il s'agit de savoir où cette volonté pourra et devra être efficacement exprimée. Or, l'analyse des deux situations démontre qu'il n'en va pas de même quand on traite directement et quand on traite par mandataire. Celui qui traite par lui-même devra, s'il veut écarter l'application de l'article 2092, s'en expliquer et stipuler expressément à ce point de vue. C'est l'acte qu'il passe qui seul permettra de juger l'étendue de son obligation. On peut entendre ainsi l'article 1863. Il ne fait alors qu'une saine application des principes : pour que la responsabilité des associés *contractants* soit réduite à leur mise sociale l'acte devra s'en expliquer. Les statuts ne sauraient suppléer. On peut appliquer à cette situation les paroles de Boutteville, rapporteur au Tribunat (1) disant : « Le tiers qui contracte avec les associés est censé ignorer leurs conventions. » Alors l'acte de société est inefficace et comme inexistant, *res inter alios acta*. Comme s'il n'existait

(1) Fenet, XIV, 413.

pas les associés se trouvent en présence de la présomption de l'article 2092 à combattre et ils ne peuvent l'écarter que dans les conditions exigées par l'article 1863. Cela n'a rien que de très logique.

Mais s'il s'agit d'associés *représentés*, traitant par l'intermédiaire d'un administrateur ou gérant, c'est-à-dire d'un mandataire ? — Il n'y a pas de mandataire sans mandat. Et le mandat qui permet d'engager les associés est évidemment l'acte de société. Quelle est alors la situation en présence de la présomption de l'article 2092 ? Si l'acte de société est muet à cet égard, il n'y a pas de doute, la responsabilité sera mesurée par l'article 2092 : elle sera générale. Mais si les statuts contiennent la clause d'exonération, comment soutenir que la présomption n'est pas dès lors efficacement écartée et que l'article 1863 n'a pas reçu satisfaction ? En vertu de quoi les associés sont-ils tenus vis-à-vis des tiers ? N'est-ce pas en vertu des statuts que les tiers peuvent invoquer contre eux au même titre qu'une procuration ordinaire ? Si on n'invoque pas cette procuration, pour quelle raison les associés seraient-ils tenus ? Ils n'ont pas figuré à l'acte. Et si on l'invoque, pourquoi seraient-ils tenus autrement que dans les termes du pouvoir ? La loi des parties qui ont traité par mandataire est, avant tout, le mandat donné. Si on peut aussi invoquer l'acte passé par le mandataire cela n'est vrai que si l'acte est conforme au mandat (Code civil, art. 1998). Si, quand l'associé contracte en personne, il est

indispensable que l'acte d'obligation contienne la clause de limitation c'est, nous l'avons dit, que cet acte est le seul dépositaire de la volonté des contractants, et comme la propre procuration de l'associé. Mais qui ne voit la superfétation qu'il y aurait à exiger cette mention quand il y a par ailleurs procuration dans ces termes mêmes. Certes il faut combattre la présomption de l'article 2092 ; mais il n'est imposé pour cela aucune formalité. Cette mention dans l'acte quand le pouvoir a spécifié la limitation ne serait que formalisme : *non ad probationem* — la preuve écrite existe déjà — *sed ad solemnitatem*. La jurisprudence en exigeant dans tous les cas mention de limitation dans l'acte impose une formalité qui n'a aucune raison d'être. On ne pourrait, dans le cas où les associés agissent par mandataire, nous citer en objection les paroles de Boutteville. *Res inter alios*, l'acte de société pour les tiers, quand l'associé figure en personne. Mais si les tiers contractent avec un représentant comment traiteraient-ils de volonté négligeable celle qu'exprimerait le pouvoir donné par le mandant ? Il ne faut pas se laisser tromper par le vêtement extérieur du pouvoir. Qu'importe s'il est un acte de société. L'acte de société est le mandat qui donne vie à l'obligation contractée. Il n'est plus *res inter alios* pour les tiers ; il est la loi même, l'acte même dirons-nous, passé avec eux.

Concluons : à peine d'admettre un formalisme anachronique, l'obligation imposée par l'article 1863 ne

s'adresse qu'aux associés stipulant par eux-mêmes. Les associés qui sont simplement représentés à l'acte seront protégés par les principes du mandat; ils stipuleront efficacement dans les statuts la restriction de leur responsabilité à l'apport: les statuts seront opposables. Nous trouvons ces conclusions formulées dans le *Traité des sociétés commerciales* de MM. Lyon-Caen et Renault, page 768: « C'est à ceux qui contractent avec une société à réclamer aux représentants de celle-ci la production des statuts pour savoir si par dérogation aux règles du droit commun la responsabilité des associés n'est pas limitée au montant de leurs apports..... cette stipulation est opposable aux créanciers sociaux... on a bien invoqué en sens contraire l'article 1863 du Code civil, d'où il résulte que les dettes sont supportées par part virile entre les membres d'une société civile, à moins que la part sociale de chacun n'ait été spécialement indiquée dans le contrat même conclu par la société. Mais cette disposition est faite seulement d'après ses termes pour le cas où tous les associés s'obligent ensemble, non pour celui où le contrat est conclu par le représentant de la société. Dans ce dernier cas, il faut s'en tenir à la règle selon laquelle les mandants ne peuvent être tenus que dans la mesure où ils ont donné à leurs mandataires le pouvoir de les obliger. »

§ II. — Objection tirée des principes mêmes du mandat
et réfutation.

Nous invoquons les principes du mandat : or, précisément, on peut se demander si vraiment un pouvoir donné est efficace à protéger le mandant qui veut limiter sa responsabilité à une certaine somme non pas seulement pour un contrat donné mais pour *toute une série de contrats*. Ne semble-t-il pas que les divers créanciers ayant traité chacun dans les limites du pouvoir pourront poursuivre le mandant dans les termes de l'article 2092 : quiconque est valablement tenu est tenu sur tous ses biens ? Il faut se garder d'une confusion : ce n'est là notre hypothèse qu'en apparence ; les associés n'ont pas précisément donné mandat de les engager jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ils ont donné mandat de les engager *sur certains biens déterminés*. Les tiers, en traitant, ont consenti à ne poursuivre que la part des biens de l'associé mis dans la caisse sociale ; ils ont consenti à borner à ces biens leur poursuite. Le mandat donné par l'associé était de rendre sa fortune extra-sociale insaisissable pour eux. Qu'ils ne se plaignent pas si une série de contrats est venue diminuer leur gage en amenant une contribution entre créanciers sociaux. C'est un aléa qu'ils savaient courir. S'ils avaient voulu être garantis à cet égard, ils

n'avaient qu'à exiger des sûretés spéciales. En l'état, la clause de restriction de la responsabilité à certains biens déterminés étant valable en soi et opposable à tous.

§ III. — **Système d'après lequel les associés non stipulants ne seraient en rien engagés vis-à-vis des créanciers sociaux.**

Un système (1) prétend pour expliquer la possibilité de la commandite dans le domaine civil se passer de la théorie du mandat. Elle dit : il n'est pas nécessaire de prouver que les parties peuvent déroger à l'article 2092 et que cette dérogation est efficacement consacrée par les statuts. L'article 2092 ne s'applique qu'entre créancier et débiteur. Or, nous entendons que les commanditaires ne sont pas débiteurs des tiers ; qui ne s'est pas obligé ne saurait être indéfiniment tenu (2). Cette opinion nous paraît s'appuyer sur une donnée bien hasardeuse. La commandite, dit-on, n'est pas une société ; le commanditaire tout au moins n'est pas un associé pour les tiers, et en tout cas il n'y a pas mandat donné par lui aux commandités. A l'appui de cette assertion M. Vandernotte fait un intéressant historique de la com-

(1) V. Labbé, note citée au S. 84 ; Vandernotte, thèse citée.

(2) V. Vandernotte, *op. cit.*, p. 401.

mandite ; mais quelle en est la portée dans la question qui nous occupe ? Certes, nous reconnaissons que le contrat de commande, origine de notre commandite, a été un contrat sui generis et que son caractère à part a longtemps persisté dans son évolution. « Participes sunt non socii » dit le cardinal de Lucca (1) des commanditaires, et Casaregis (2) : « commandantes non sunt socii ». L'ordonnance de 1673 n'aurait, elle-même, rien changé, au moins quant aux rapports des associés avec les tiers et le Code civil n'aurait pas davantage innové.

Nous ne pouvons accepter ces vues. Nous pensons que le commandité est véritablement un associé à l'égard des tiers ; et nous pensons même que ce terme de l'évolution de la commandite était atteint avant le Code civil. M. Saleilles (3) marque ainsi les trois périodes de l'histoire de la commandite auxquelles trois formes correspondent : « Jusqu'au XIV^e siècle ce qui domine c'est la commenda, c'est-à-dire la forme dans laquelle la commandite se réalise par un simple prêt ou dépôt sans lien de société. Du XIV^e au XVII^e siècle, la commandite se présente sous la forme dominante d'une société, mais d'une société n'existant que dans les rapports entre parties et non à l'égard des tiers. A partir du XVII^e siècle la commandite est

(1) De locat. disc., 27.

(2) Disc. 29, n° 38.

(3) *Annales de Droit commercial*, 1893, n° 4, p. 23.

devenue une véritable société au point de vue externe comme au point de vue interne. » Cette œuvre dernière a été l'œuvre propre de l'ordonnance de 1673. Ce qui pourrait tromper sur le véritable caractère de la commandite dans l'ordonnance c'est que l'enregistrement qui y est prescrit n'était pas général à toutes les commandites. Seules sont publiées les commandites entre négociants. Quand le commanditaire était un particulier non négociant il pouvait — quant aux livres publics — rester dans l'ombre, et cela était afin que ceux-là même pussent apporter leurs capitaux au commerce pour qui le commerce entraînait dérogance. Mais si la commandite n'est point alors proclamée, elle n'existe pas moins, même vis-à-vis des tiers, et ceux-ci pourront en faire la preuve par la correspondance ou les livres des associés. Un passage de Savary est décisif à cet égard (1). Ainsi la notion de commandite reste une et on peut la définir avec M. Saleilles du nom de commandite-société (2) pour l'opposer à la commandite-participation. Or « ce qui fait aujourd'hui, dit M. Saleilles (3), la grande différence entre la participation et la commandite, c'est que le participant n'étant pas un associé vis-à-vis des tiers n'est pas responsable même dans la mesure de son apport ». C'est donc à une con-

(1) Savary, *Le parfait négociant*, 2^e partie, L. I, chap. I (t. I, 2^e part., pages 23, 24).

(2) Saleilles, *Annales de Droit comm.*, 1895, n^o 2, 3, p. 57.

(3) *Op. cit.*, p. 55.

fusion entre la commandite et la participation qu'on est conduit. Dans la période antérieure à l'ordonnance la distinction pouvait être flottante. Mais, dès son article 1^{er}, l'ordonnance prend nettement parti ; elle place la commandite sur le même pied que la société collective et se tait sur la société anonyme (1) ou participation.

On peut donc tenir pour certain qu'à partir du XVII^e siècle le commanditaire est vis-à-vis des tiers un associé. Il est d'ailleurs non moins certain, l'ordonnance est formelle, qu'il n'est tenu que de son apport. Mais par quel moyen juridique l'ensemble des apports se trouve-t-il répondre de la dette vis à vis des tiers ? Nous ne saurions concevoir, quant à nous, le droit des tiers sur la totalité du patrimoine social, la faculté pour le commandité de l'engager tout entier, si un mandat exprès ou tacite de tous les associés ne se trouve à la base. Aujourd'hui l'existence du mandat donné au gérant d'engager les commanditaires jusqu'à concurrence de leurs apports ne saurait faire doute. Et on en a justement conclu à l'action directe des tiers contre les associés commanditaires pour le versement des mises (2). Toujours est-il que ce système, en opposition avec le nôtre, n'en conclut pas moins à l'exonération par les statuts de la fortune extra-sociale du commandité.

(1) Le sens du mot anonyme dans l'ancien droit est on le voit différent de son sens actuel.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commer.*, p. 116.

§ IV. — **Atténuation de fait que la jurisprudence apporte au principe de la non opposabilité.**

Et la jurisprudence elle-même dans un certain nombre de décisions (1), après avoir posé la prohibition en principe, atténue largement, en fait, ce que son système a d'excessif. Elle considère en effet, avec la plupart des partisans de l'application aux associés représentés de la formalité imposée par l'article 1863 que la mention pourra être *implicite* et résultera notamment de la dénomination « en commandite » ou « anonyme » qu'aura prise la société. C'est presque abandonner en fait le principe établi. Mais quoiqu'il en soit il ne serait point, dans ces conditions, juridiquement établi que la commandite est accessible aux sociétés civiles, qu'elle peut résulter de la toute puissance des statuts. Nous croyons, fort heureusement, pouvoir maintenant conclure plus radicalement que la jurisprudence : on pourra par les statuts limiter sa responsabilité à son gré ; les statuts seront opposables aux tiers. Et tel est bien la pensée de Treilhard dans son exposé des motifs au Corps législatif (2) : « C'est aussi dans l'acte de société

(1) V. parmi les plus récentes deux jugements du tribunal civil de la Seine, 2 et 23 juin 1896 rapportés dans *Annal. de Droit commercial* 1897, n° 4, p. 42.

(2) V. Locré, t. XIX, p. 524.

qu'il faut chercher la mesure des engagements des associés envers les tiers. Un associé ne peut engager la société qu'autant qu'il contracte en son nom et qu'il a reçu le pouvoir de le faire. Celui qui traite avec l'associé peut demander, s'il a des doutes, la communication de l'acte de société. »

§ V. — La dénomination de « Société civile en commandite ».

Ainsi apparaît bien réalisable dans le domaine civil, la seconde forme commerciale : la forme de commandite. La commandite se distingue du type de société civile considéré comme habituel par les éléments qu'elle contient de la société en nom : la solidarité entre commandités et la raison sociale. Nous avons vu que ces éléments lui étaient accessibles. Elle se distingue enfin et surtout par la limitation à leurs apports de la responsabilité des commanditaires : nous venons de montrer que cette limitation était efficacement stipulée dans les statuts. Nous pouvons donc conclure que la société pourra s'annoncer comme société en commandite. Elle usera de son droit ; car elle ne fait que proclamer qu'elle prend pour elle des prérogatives qu'elle peut assumer : nous avons montré que les éléments de cette forme étaient accessibles aux sociétés civiles et par conséquent le droit de les annoncer d'un mot qui les résume en se dénommant société en commandite.

CHAPITRE III

L'ANONYMAT

L'anonymat est une généralisation de la situation du commanditaire. « Les associés, dit l'article 33 du Code de commerce, ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société. » Il faut entendre *tous* les associés. Tout lien avec la société en nom est ici rompu. Et l'article 29 tire de cela une conséquence logique en édictant que « la société n'est désignée par le nom d'aucun des associés ». D'où la dénomination anonyme. Sa caractéristique essentielle est donc une limitation de responsabilité à l'apport générale à tous les associés. Si cette limitation générale est possible en matière civile, nous pourrions conclure à la possibilité pour les sociétés civiles de prendre la forme de l'anonymat.

Or, ne semble-t-il pas que l'anonymat ne soit que le développement légitime de la commandite. Nous avons établi à propos de la commandite la possibilité de limitation de la responsabilité des associés pour un

et pour tous. Quel obstacle y aura-t-il à une généralisation de cette situation ?

§ 1er. — Objection tirée du caractère d'ordre public de l'article 2092 du Code civil et de ce qu'en conséquence le sujet de l'obligation doit être tenu sur tous ses biens.

Mais voici qu'une objection se présente tirée d'un ordre d'idées nouveau. On dit qu'en l'absence d'une individualité tenue sur tout son patrimoine, les conventions passées par la société manqueront de sujet. L'article 2092 aurait cette signification qu'à toute obligation il faut un débiteur tenu sur tous ses biens. Certes on veut bien admettre la commandite, car alors l'obligation a son support dans la personne du commandité indéfiniment tenu. Mais en matière d'anonymat, ce support fait défaut et l'anonymat, dit-on, ne se soutient en matière de commerce que par la vertu d'un texte législatif formel qui dispense de discussion et qui s'explique, au surplus, par l'idée de personnalité fictive. Ainsi ceux qui n'admettent pas l'anonymat, tout en admettant la commandite considèrent que le commanditaire est tenu seulement *propter rem*. Or, disent-ils, pour que le lien obligatoire puisse se former, il faut à côté du débiteur tenu *propter rem* un débiteur tenu personnellement, c'est-à-dire sur tous ses biens. A cette condition seulement, l'obligation a un sujet.

§ II. — Réfutation.

1^o Le sujet des engagements de la société est la personne morale société.

Nous ferons à cela deux réponses. C'est d'abord que le débiteur tenu sur tous ses biens existe : c'est la société dont nous avons admis et démontré la personnalité morale. Nous pourrions nous en tenir là, mais nous pensons que, même en l'absence de personnalité de la société, les engagements sociaux pourraient se former dans une société anonyme.

2^o Au surplus, le sujet de l'obligation n'est pas nécessairement tenu sur tous ses biens : l'article 2092 n'est pas d'ordre public.

Et nous ferons cette seconde réponse à nos adversaires qu'il n'est pas obligé que le sujet d'une obligation soit tenu sur tous ses biens. Cela revient à dire que l'article 2092 n'est pas d'ordre public, que le débiteur peut convenir valablement que son créancier ne pourra poursuivre que tels biens désignés et non la totalité de ses biens ; qu'alors il n'y en a pas moins *personne tenue* ; que le sujet du droit ne manque pas.

a) — **Argument historique.**

Notre interprétation se recommande d'abord des précédents historiques. En effet, une idée qui ressort nettement, à tous les moments de l'évolution historique en ces matières, aussi bien à Rome que dans le Droit coutumier, c'est la dissociation de la personne et des biens en matière d'obligation. A l'origine de l'évolution l'obligation de la personne est même totalement exclusive d'un engagement des biens. C'est qu'alors, par suite de l'organisation de la famille et de la propriété, on ne peut présumer chez le débiteur la volonté d'affecter au paiement de sa dette des biens dont il n'a pas la disposition privative (1). Quand on en vient à faire résulter de l'obligation un droit pour le créancier de saisir les biens du débiteur, c'est que le débiteur en a la libre disposition et qu'il est logique de supposer qu'il les a implicitement mais volontairement offerts en garantie. Cette coïncidence de la faculté d'aliéner le patrimoine et du droit de saisie accordé aux créanciers est surtout évidente pour la période féodale et pour ce qui concerne la propriété immobilière. Les tenures devinrent saisissables en même temps qu'elles devenaient aliénables entre les mains du débiteur. L'idée générale qui ressort

(1) Le débiteur est tenu et pas ses biens : c'est ce qui explique les mesures de rigueur contre la personne du débiteur, telle la vente trans-Tibérin à suite de *manus injectio*.

historiquement est donc celle-ci : que le débiteur personnellement tenu n'est pas forcément tenu sur tous ses biens, et que s'il est tenu sur ses biens c'est dans la mesure où on peut présumer que sa volonté a consenti. M. Esmain (1) a montré quel souci on eût d'obtenir l'adhésion du débiteur quand le droit féodal consentit à la saisie des immeubles. « Ce qui entravait, dit-il (2) ou gênait l'exécution sur les immeubles, c'est qu'on se faisait scrupule d'en disposer sans le consentement du propriétaire ; par tous les moyens on cherchait à avoir son concours au moins dans la forme..... » Ces idées conduisirent à faire admettre la pratique d'une clause spéciale autorisant le créancier à saisir meubles et immeubles. Ce fut l'*Obligation* qui est, avec son sens spécial, une traduction de l'*obligatio bonorum*, l'hypothèque conventionnelle du droit romain. Donc la volonté du débiteur était respectée et il pouvait en principe limiter à son gré le droit de saisie de son patrimoine. Ainsi dans l'ancien droit, comme à Rome (3), on peut observer le même processus : les divers éléments du patrimoine sont d'abord insaisissables à des degrés divers et quand ils le sont c'est par interprétation de la volonté du débiteur.

(1) Esmain : *Etude sur les Contrats dans le très ancien Droit français*, III^e Etude.

(2) Loc. cit., § 3.

(3) V. l'analyse de cette évolution dans Vandernotte, thèse, p. 421 et suivantes.

b) — Argument tiré de « l'assignat de biens ».

Une situation qui semble avoir été de pratique courante dans l'ancien droit nous paraît démonstrative du droit du débiteur à borner à certains biens déterminés la poursuite du créancier : c'est l'assignat de biens. Merlin le définit (1) : la destination particulière d'un immeuble à l'acquit d'une dette. Les exemples qu'en donne Merlin prouvent qu'il faut l'entendre plus largement : des biens de toute nature pouvaient être assignés. De plus, cette définition doit s'entendre surtout de l'assignat *limitatif* (2) : alors véritablement le gage des créanciers est restreint aux biens assignés. Nous en emprunterons deux exemples au *Répertoire* de Merlin (3). Au mot, acte sous seing privé, § 2, p. 167 de la 3^e édition, il dit : « Le Prince de Savoie.... s'oblige de payer... une pension viagère..... à condition qu'elle ne sera due que sur la pension de 160,000 livres qu'il reçoit du gouvernement français... et que... les créanciers de cette pension ne pourront exercer aucune action sur ses autres biens de quelque nature qu'ils

(1) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Assignat*.

(2) L'assignat était limitatif ou *démonstratif*, et alors il désignait simplement les biens sur lesquels la dette devait être acquittée de préférence, sans exclure les autres de la poursuite du créancier.

(3) V. le *Rép.* de Merlin, v^o *Legs*, 5^e édit., p. 712 et suiv., pour la place qu'occupait l'assignat de biens dans les discussions des jurisconsultes de l'ancien droit, notamment Bartole, Loyseau, Daguesseau.

soient. « Au mot: Legs, section 4, § 3, page 713 de la 5^e édition: « Un mari lègue à sa femme tout le profit qu'il a fait pendant le mariage dans l'administration d'un « cabal » et qu'il croit revenir à 7,200 livres. Ce cabal est estimé après la mort du testateur et se trouve au-dessous de la valeur indiquée par le testament. La femme demande le surplus aux héritiers; mais par arrêt du Parlement de Toulouse du 2 septembre 1613, elle est déboutée de sa prétention... »

C'est bien là la faculté reconnue au débiteur de limiter à son gré le champ des poursuites du créancier.

c) — Argument des travaux préparatoires.

C'est donc par la voie de l'interprétation de volonté qu'on est arrivé à l'exécution sur les biens. Voilà de quelle évolution est sortie la maxime de l'ancien droit: qui s'oblige oblige le sien. L'article 2092 en est la traduction. Or, les travaux préparatoires sont à peu près muets (1) à cet endroit. On peut tout au plus citer sur l'article 2092 ces paroles du rapport de Bigot-Préameu qui, en somme, se réfère à la tradition: « Un principe fondamental sur lequel il ne peut y avoir diversité d'opinion est posé par l'article 2092. » On est donc en droit de conclure que le législateur s'est sur ce point conformé aux précédents. L'article 2092 n'est ainsi et

(1) V. Locré, *Législation civile*, etc., t. 16, p. 95.

ne pouvait être qu'interprétatif de la volonté des parties. Il suppose l'obligation indéfinie acceptée par le débiteur ; il ne la lui impose point.

d) — Argument de ce que l'esprit général de la législation est favorable au débiteur.

M. Labbé (1) fait d'ailleurs remarquer qu'il n'existe pas de texte interdisant d'affranchir certains biens du droit de saisie. Les articles 582 et 592 Code procédure déterminent *limitativement* les biens du débiteur que les créanciers n'ont pas le droit de saisir ; mais il s'agit là de biens à eux soustraits soit par la volonté du législateur, soit par la volonté d'un tiers donateur. La question reste entière de la convention par laquelle le créancier pactisant avec le débiteur renoncera à saisir telle valeur lui appartenant. D'autre part, on peut montrer que l'esprit général de notre législation est favorable à l'exonération du débiteur. Au besoin, elle prend d'office sa défense. Les articles 1146 et 1139 du Code civil exigent un avertissement pour que le débiteur soit en demeure après l'échéance du terme pourtant convenu. Les articles 2088 (2) Code civil et 742 (3) Code procédure civile tiennent même pour non avenues les conventions dérogoires à ces formes protectrices aux-

(1) Dans sa note ss. Cass., 21 fév. 83, S. 84, 1, 363.

(2) Sur l'antichrèse.

(3) Sur le droit de saisie.

quelles le débiteur imprudent aurait renoncé. Et dans cet ordre d'idées ne peut-on rappeler les formes et les délais par lesquels la loi ralentit la poursuite? Ainsi, loin de trouver la législation défavorable, nous la voyons incliner vers la protection spontanée du débiteur. On peut dire qu'elle est un consentement implicite au droit de modérer la saisie (1). Il résulte donc bien des précédents historiques et des textes en vigueur que la responsabilité du débiteur peut ne pas porter sur l'ensemble de son patrimoine.

e) — Argument direct tiré de la commandite de l'ancien droit où le commanditaire apparaît comme personnellement tenu.

Nous trouvons dans l'étude citée de M. Saleilles (2) l'affirmation directe que le débiteur n'en est pas moins alors *personnellement* tenu : « L'idée de la personnalité civile, dit-il, paraissait d'autant plus inacceptable que les associés personnellement étaient tenus vis-à-vis des tiers. Dans la société collective, ils étaient tenus solidairement pour le tout ; dans la commandite, il est vrai, ils n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises ; mais dans cette mesure *ils étaient tenus personnellement*, en ce sens qu'ils étaient débiteurs de

(1) On peut signaler aussi l'art. 1253 Code c., aux termes duquel le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, la dette qu'il entend acquitter. V. aussi art. 1256.

(2) *Annales de Droit commercial*, fév. 97, p. 42 et 43.

l'apport qu'ils avaient promis non-seulement vis-à-vis du commerçant à qui ils l'avaient promis, mais directement vis-à-vis des créanciers eux-mêmes ; et par suite, si un commanditaire n'avait pas encore versé l'intégrité de sa mise, les créanciers sociaux avaient une action directe contre lui pour l'y obliger.... Tous les associés, dans une mesure plus ou moins complète, restent débiteurs personnels à l'égard des tiers. » Si bien que M. Saleilles voit dans cette responsabilité personnelle de tous les associés une des raisons qui empêchèrent l'ancien droit de considérer que les sociétés de commerce fussent des personnes morales : « Ceci, dit-il, paraissait dans l'ancien droit quelque chose d'inconciliable avec l'idée de personne morale.... l'ancien droit considérait que les sociétés de commerce ne constituaient pas des personnes morales parce que certains éléments essentiels de leur personnalité civile leur faisaient défaut, à savoir l'organisation corporative et l'irresponsabilité personnelle des associés. »

Nous pouvons ainsi conclure que, sans nécessité de faire intervenir la personne fictive société, les engagements de la société anonyme ne manqueront pas de support légal, de sujet des droits : les principes du Code civil, alors même que la société n'y serait pas envisagée comme une personne morale, ne seraient pas pas incompatibles avec l'anonymat.

Mais, nous avons démontré la personnalité de la société civile. Avec la personnalité, le sujet des enga-

gements apparait manifestement. Et nous pouvons ainsi dire qu'est doublement démontrée pour les sociétés civiles la faculté de se présenter sous forme de société anonyme.

CHAPITRE IV

LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

—

Ce qui doit *a priori* paraître une hardiesse plus grande, c'est de concéder à l'associé limitativement mais personnellement tenu la faculté de se substituer un tiers sans le consentement actuel des créanciers de la société. Tel est en effet le sens du terme : action. Nous avons vu, dans la première partie, que le Code civil ne répugnait pas à la transmission à un tiers des droits de l'associé. La loi entend que la permanence de la société sera assurée malgré l'introduction d'éléments nouveaux se substituant aux anciens. Il suffit que les statuts acquiescent à ces changements. Le cédant sera déchargé ; le cessionnaire prendra la place du cédant dans ses droits et obligations. Mais, nous dit-on, il ne faudra pas que ce soit au mépris des droits des tiers. En se fondant sur le droit des tiers, on a d'abord dénié le droit même d'inscrire dans les statuts une clause de cessibilité.

§ 1^{er}. — Qu'une clause de cessibilité des parts sociales
est valable en soi.

Une telle clause ne serait pas seulement inopposable, elle serait *illégal*e, *point valable en soi*. Le débat sur ce terrain s'est précisé à l'occasion d'un arrêt de la Cour de Paris (1) qui consacre de tous points le droit des sociétés civiles à la forme par actions. Cet arrêt admet donc d'abord la légitimité en soi d'une clause de cessibilité. M. Tiercelin, dans une note sous l'arrêt, fait à cela une double objection. Une telle clause, dit-il, équivaldrait à mettre des débiteurs à l'abri des règles de la délégation. L'article 1275 établit qu'un débiteur ne pourra se substituer un autre répondant de sa dette sans le consentement du créancier. Toute volonté exprimée isolément par le débiteur est sans effet légal. Mais, au surplus, cette clause est frappée de nullité à un autre point de vue. Elle constitue une condition potestative aux engagements des associés : de leur seule volonté ils pourront faire que l'obligation contractée vis-à-vis des tiers soit ou ne soit pas. Pour se décharger de toute responsabilité, ils n'auront qu'à céder. Or, article 1174 Code civil : « Toute obligation est nulle

(1) V. Paris, 28 janv. 1868, D. 68, 2, 244, et la note de M. Tiercelin. — Le même arrêt dans S. 69, 2, 205, et la note de M. Lyon-Caen.

lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

M. Lyon-Caen, dans sa note que nous signalons sous le même arrêt, réfute sans peine ce dernier argument. Il observe que l'associé ne peut pas, en réalité, se dégager de son seul gré. Il lui faut bien évidemment le concours d'un tiers, le cessionnaire, qui prendra sa place dans la société. Nous sommes en présence non pas d'une condition potestative, mais d'une condition mixte ; article 1171 Code civil : « La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. » Une telle condition est valable et cette conclusion nous semble mettre désormais la clause des statuts à l'abri de toute imputation de nullité ; car, pour la première objection tirée des principes de la délégation, l'exigence de M. Tiercelin est plutôt dans une question de forme : cette exigence satisfaite, on sera d'accord avec lui. Il s'agit d'obtenir le consentement des tiers à la délégation : le consentement obtenu, la clause opérera.

§ II. — Qu'elle est opposable aux tiers sans condition.

M. Lyon-Caen se montre, quant à lui, disposé à aller, pour obtenir leur agrément, au-devant des créanciers : n'auront-ils pas consenti, si, à l'occasion de tous les contrats passés par la société, les clauses de l'acte de so-

ciété sont mises spontanément sous leurs yeux ; si, surtout, on a pris la peine de reproduire dans les actes dressés la mention de cessibilité des parts sociales ? L'article 1275 exige que le créancier ait consenti, mais il n'interdit pas que ce consentement soit donné antérieurement à la cession. Il y a donc possibilité pour les sociétés civiles de faire vivre cette clause des statuts. Il suffira qu'elles s'astreignent à l'accomplissement d'une formalité.

A notre avis, cette formalité même n'est pas nécessaire pour que la cessibilité soit opposable aux tiers. Nous nous approprions volontiers l'argumentation de M. Lyon-Caen en ce qu'elle prouve qu'une telle stipulation n'est pas nulle ; nous refusons de souscrire à ses conclusions sur l'opposabilité. Car, nous entendons que les statuts soient opposables aux tiers sans conditions. Ou la clause est valable ou elle est nulle. Si elle est valable, elle l'est pour les tiers, comme pour les associés, et leur est opposable. C'est la conclusion de l'arrêt précité. C'est aussi la nôtre. Nous l'appuyons comme en matière de restriction de la responsabilité à l'apport sur les principes du mandat. Ce n'est point que M. Lyon-Caen n'offre une raison impressionnante *a priori* de décider autrement. Il enveloppe en une même appréciation la clause de limitation et celle de cessibilité et il dit : ce sont là des clauses exorbitantes du droit commun. La loi n'a pas voulu que de telles clauses, auxquelles les tiers peuvent ne pas s'attendre leur soient

opposables si la société n'a pas eu l'initiative d'attirer sur elles leur attention. Et cette volonté de la loi, M. Lyon-Caen la trouve déposée dans l'article 1863. On sait quelle portée nous attachons à l'article 1863 en matière de limitation. On comprendra que nous ne lui en accordions pas davantage en une matière pour laquelle il n'a pas été fait et quand on ne peut l'invoquer que par voie d'analogie. Alors même donc qu'on établirait que la clause de cessibilité est exorbitante du droit commun nous entendrions que l'acte de société fût sur ce point comme sur les autres opposable aux tiers. L'acte de société constitue à leur encontre la procuration qui, seule, donne raison de leurs droits et les mesure : ils sont tenus de s'y conformer. Au surplus, peut-on dire que la cessibilité soit pour le Code civil une circonstance exceptionnelle ? Le même article 1861 envisage l'hypothèse où les associés ont le droit de se substituer un tiers et celle où ce droit leur est refusé. Pourquoi ne vouloir envisager qu'une de ces hypothèses dès qu'il s'agit de sociétés civiles ? C'est qu'on a de la société civile une conception apriorique à laquelle on veut exclusivement se tenir. On ne veut point voir que le législateur de 1804 n'a pas scrupuleusement reproduit les principes surannés des lois romaines et que s'il leur a fait une suffisante place dans les hypothèses qu'il prévoit, il n'en a pas moins accueilli des idées d'une tout autre venue. Ces idées sont au même titre le droit commun de la société. La conception du Code est au moins

complexe, mais on ne peut pas dire qu'elle soit le droit commun ici et non là.

Au surplus, nous allons analyser plus à fond la nature intime de l'action et montrer qu'elle s'harmonise véritablement avec la conception du Code civil telle que nous l'avons établie dans notre première partie.

§ III. — Que la nature intime de l'action s'harmonise d'ailleurs avec la conception du Code civil.

On a souvent considéré que le caractère distinctif de l'action était la cessibilité. On la définit : une part sociale cessible, en l'opposant par ce caractère à l'intérêt part sociale incessible (1). La cessibilité est certes de la nature de l'action; elle lui est même essentielle. Mais elle n'en est pas le caractère spécifique exclusif, c'est-à-dire l'attribut auquel on la reconnaîtra infailliblement, étant donné qu'il sera refusé à toute part sociale de nature différente. Ce caractère, après vive controverse (2), n'apparaît pas comme très aisément saisissable ni très aisément distingué de la cessibilité. Il n'est pas la cessibilité pourtant. La formule qui serre de plus près l'idée qu'on doit avoir du criterium de l'action, c'est

(1) Dans ce sens, Bravard et Batbie : *V. Rev. crit.*, 1869, p. 146-151.

(2) V. cette controverse entre MM. Beudant et Batbie, dans *Rev. crit.*, 1869.

qu'elle est la part sociale « *envisagée comme normalement cessible* » et non pas seulement cessible en des cas exceptionnels. C'est qu'alors la société est exclusive de la considération de la personne : l'intention s'est manifestée de voir l'élément essentiel de la société dans le fonds social réuni : « Vous voulez, dit M. Beudant (1), dans sa réponse à M. Batbie, vous voulez entre l'intérêt et l'action une différence géométrique, en quelque sorte visible à l'œil nu ; vous la placez dans la cessibilité. Je persiste à croire qu'il y a une différence résultant de l'intention qui a présidé à la formation du contrat... » C'est donc que les parties, les co-associés se seront placés sur un terrain autre que le terrain plus habituellement considéré comme le terrain civil. « La division du capital en actions, dit ailleurs M. Beudant (2), a pour but et pour effet de déroger aux articles 1861 et 1865, 3° du Code civil. » Le sens de ces articles est de ne permettre à la société de persister qu'entre les mêmes personnes et de la faire mourir avec elles. Mais, nous l'avons vu, la conception opposée est dans le Code civil à côté de la conception visée dans les paroles de M. Beudant. L'article 1861 porte en lui-même la propre dérogation au principe qu'il pose, et la dérogation à l'article 1865 3° est dans l'article 1868. Nous avons pu, en conséquence, affirmer

(1) *Op. cit.*, p. 443.

(2) *Op. cit.*, p. 446.

dans notre première partie, où nous avons tâché de définir la conception du Code civil, qu'il ne répugnait pas à l'abandon par les parties de la considération de la personne : voilà pourquoi nous pouvons conclure maintenant à la possibilité pour les sociétés civiles d'adopter la forme par actions précisément caractérisée par la négation de l'*intuitus personæ*.

Nous admettons donc par là la société civile à être une *société de capitaux*. C'est là le terme de l'évolution de l'idée de société, la transformation la plus radicale de l'idée romaine qui serait autorisée pourtant par le Code civil.

§ IV. — Que la société par actions est née de besoins communs
aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales.

Mais cela ne doit pas étonner, et la raison est que le besoin des sociétés de capitaux s'est fait sentir sur le terrain civil aussi tôt que sur le terrain commercial. Jusqu'à un moment de l'évolution économique moderne, la société de « personnes » a suffi. C'est de sociétés de personnes que nous nous sommes exclusivement occupés jusqu'ici ; on les appelle aussi « sociétés par intérêts ». La considération de la personne de l'associé y joue un rôle prépondérant. Il n'importe que certains associés ne soient tenus que de leur apport : c'est le cas de la commandite que nous avons examinée et qui

reçoit d'ailleurs le nom de commandite simple ou par intérêts. Il n'importe même que la limitation de responsabilité soit générale à tous les associés ; c'est pour cette situation qu'est faite l'élégante expression « d'anonymat par intérêts » que nous trouvons dans la note citée de M. Labbé au S. de 1884 (1). Donc, jusqu'ici, il ne s'agissait pour nous que de sociétés de ce premier type. Nous restions dans le premier terme de la division si importante entre sociétés par intérêts et sociétés par actions. Nous y restions tant que l'*intuitus personæ* n'était pas aboli. C'était le cas de la société romaine ; et il en fut longtemps ainsi dans l'ancien droit, même pour les sociétés de commerce : toute société impliquait un sentiment de confiance réciproque ; elle supposait le *delectus personæ*. On était associé non pas précisément pour tel objet mais pour l'atteindre avec telle personne. C'étaient les qualités de la personne qui déterminaient toujours le consentement et c'est pour cela que les rapports sociaux devaient demeurer concentrés entre les mêmes parties. On voit où est la faiblesse et la fragilité d'une telle association. Elle suppose la connaissance approfondie qu'auront les associés les uns des autres ; elle ne permet donc pas qu'ils soient nombreux à s'unir et partant elle ne peut prétendre à réunir un capital important. D'autre part, elle subordonne l'existence de la société à la permanence

(1) S. 84, 1, 364, 3^e colonne.

des personnes. Cette existence est donc précaire, liée à celle des associés ou même, article 1865, 5°, subordonnée à la volonté exprimée par un seul d'entre eux.

Or, dès le XVII^e siècle le besoin se fit sentir d'agglomérations de capitaux permettant de tenter les grandes entreprises que le monde moderne a connues. Alors les associés ne se choisirent plus. Leur individualité devint négligeable au regard de l'importance que prenait l'apport (1). L'*intuitus personæ* était remplacé par l'*intuitus pecuniæ*. L'action était apparue. Elle consacre une substitution des rapports simplement pécuniaires aux rapports de personnes. C'est pour cela qu'elle est transmissible de sa nature, ainsi que nous l'avons définie. « Ce qui caractérise l'action, dit encore M. Beudant, c'est sa circulabilité. » L'associé pourra disparaître et se substituer un tiers en cédant à sa volonté ses droits dans la société. Pour cela, il n'aura qu'à céder son action qui est la représentation de ses droits. La société n'en subsistera pas moins malgré tous les changements. Elle est, pour nous servir de la comparaison de M. Beudant (2) « comme un fleuve dont les molécules changent sans cesse et qui, pourtant, reste toujours le même fleuve ». Et l'accueil ainsi fait à tout

(1) V. Troplong, *op. cit.*, Introduction, p. 73 ; Frémery, *Etudes sur le Droit commercial*, p. 55.

(2) *Op. cit.*, p. 161.

venant qui apporte son argent, la facilité qu'on lui donne « de se repentir », de se retirer par la transmission de sa part, permettra la réunion d'un capital considérable. La société acquerra la puissance et la stabilité. Ce n'est pas ici le lieu de faire le procès de cette forme et de ses dangers économiques (1). Toujours est-il que le besoin s'en fit sentir dans le domaine civil comme dans le domaine commercial. M. Troplong (contrat de Société, préface, p. 74 et n° 43) signale que le plus ancien exemple de la division d'un capital social par actions se rattacherait à une société civile : la Société des Moulins du Basacle ; et M. Delecroix (Sociétés de Mines, p. 206) montre que ce fut de tout temps une nécessité pour les sociétés d'exploitation de mines. Certes la forme par intérêts est seule dans les textes romains (2) ; et c'est la seule que Pothier enseignât à la dernière heure du Droit ancien (3). De cela on a donné l'heureuse explication que la renaissance romaine avait voilé, pour lui, l'état véritable d'une matière entièrement renouvelée par les besoins modernes. Mais, en toute logique, et d'ailleurs en fait, l'action a toujours relevé du domaine civil autant que du domaine commercial.

(1) V. d'Aguesseau, *Mémoire sur le commerce des Actions*.

(2) V. Loi, 49, D. *Pro socio*.

(3) V. *Contrat de Société*, n° 91.

§ V. — Arguments directs fournis par les textes
législatifs.

Mais, quoi qu'il en soit, nous avons montré par l'analyse des dispositions du Code civil qu'elles n'étaient pas incompatibles avec une telle conception des rapports sociaux ; que l'action y était en germe dans l'exclusion permise de l'*intuitus personæ* ; que la volonté des parties pouvait développer ce germe pour en faire la société par actions. Nous pouvons, maintenant, invoquer en toute sécurité certaines dispositions législatives qui consacrent implicitement notre thèse. Il s'agit de lois, postérieures au Code civil, dont on peut inférer directement la légalité des sociétés civiles par actions. Ces textes se rapportent à certaines sociétés civiles déterminées, ou sont des textes fiscaux dont l'autorité ne saurait jamais tenir en échec des textes du Code civil. Nous eussions été mal venus à invoquer d'emblée ces documents législatifs pour prétendre qu'ils tranchent la question des sociétés civiles à forme commerciale. Mais nous pouvons peut-être maintenant en généraliser le sens, alors que l'analyse à laquelle nous nous sommes livré a montré que le Code civil ne répugnait aucunement à ces formes, les supposait même et qu'au surplus elles ne heurtaient en rien les principes divers de droit commun qu'elles mettent en jeu.

Nous pouvons donc prétendre maintenant que ces textes ont dans notre sens toute leur valeur de démonstration ; c'est d'abord la loi du 21 avril 1810, sur les mines. Elle décide, article 8, que l'exploitation des mines n'est pas un commerce et que, néanmoins, la société pourra avoir son capital divisé en actions (1). On peut trouver ces mêmes idées dans la discussion de la loi du 27 avril 1838 sur l'assèchement et l'exploitation des mines. — L'article 14 de la loi du 5 juin 1850 soumet au timbre proportionnel « chaque titre ou certificat d'action dans une société, compagnie ou entreprise quelconque, financière, commerciale, industrielle ou *civile*... ». On peut même citer, dans cet ordre d'idées, la loi du 23 mai 1863 qui, malgré les efforts de la commission du Corps législatif (2), réserva pour les sociétés commerciales seules la forme de société à responsabilité limitée. Exclure les sociétés civiles d'une forme déterminée, c'était admettre implicitement qu'elles peuvent les prendre en général. « Quand le législateur, disent MM. Lyon-Caen et Renault, a voulu ne pas permettre aux sociétés civiles d'adopter une certaine forme, il n'a pas manqué de le dire. C'est ainsi que la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée indiquait bien clairement

(1) V. la discussion au Conseil d'État sur l'art. 8 du projet dans Locré, *La législation civ., comm. et crim. de la France*, t. IX, VI, 43, page 207.

(2) V. S., *Lois annotées*, 1863, p. 81. — Duvergier, *Lois et Décrets*, 1863, p. 370.

qu'il y avait là une sorte de forme privilégiée réservée aux sociétés de commerce (1). » — La loi fondamentale du 27 juillet 1867 sur les sociétés ne saurait, d'ailleurs, fournir argument contre notre théorie (2). Loin qu'on puisse interpréter son silence dans un sens défavorable aux sociétés civiles, il fut déclaré, lors de la discussion (3), que personne ne mettait en doute que les formes commerciales pussent être revêtues par elles. Mais bien mieux, la loi de 1867 fait, elle-même, l'application de ce principe. L'article 50 suppose le capital des sociétés à capital variable divisé par actions. Or, ces sociétés, sociétés coopératives de consommation, de production, pour la construction de maisons ou autres, sont sans conteste pour la plupart, des sociétés civiles (4). On peut également invoquer l'article 66 de la loi. Cet article maintient sous le régime de l'autorisation préalable les sociétés d'assurances mutuelles sur la vie et les tontines qui sont entreprises civiles. C'est implicitement permettre aux autres entreprises civiles d'user de la liberté, que la loi introduit, d'adopter la forme anonyme sans autorisation.

(1) *Traité des Sociétés commerciales*, p. 766.

(2) V. sur ce point une note de M. Lyon-Caen dans S., 1873, 4, 281.

(3) V. *Moniteur* du 8 juin 1867.

(4) V. S., *Lois annotées*, 1867, 225. — *Journal du Palais*, 1857, 381.

§ VI. — Que le Code civil admet les caractères contingents habituellement revêtus par l'action.

Nous avons admis que le signe distinctif de l'action était la cessibilité, tout au moins la cessibilité envisagée comme normale. Et nous avons, en conséquence, démontré que les parts sociales d'une société civile pouvaient être efficacement stipulées cessibles, pour amener cette conclusion que les sociétés civiles étaient susceptibles de la forme par actions.

Or, au regard d'une certaine théorie de l'action, nous n'aurions rien fait en démontrant la faculté de cession des parts civiles. Cette théorie, développée par M. Vavasseur (1), voit la caractéristique de l'action, non pas dans la faculté de cession mais dans le mode de l'accomplir. L'action serait la part sociale cessible par les modes commerciaux de cession. « La différence, dit M. Vavasseur (2), n'est pas dans la cessibilité de l'action et l'incessibilité de l'intérêt... c'est dans le mode de transmission du titre que réside le caractère distinctif de l'action. Est-il susceptible de négociation commerciale, c'est une action. Dans le cas contraire c'est un intérêt. La cessibilité est une qualité accessoire et contingente

(1) *Traité*, I, p. 463 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 470.

qui peut appartenir à l'intérêt aussi bien qu'à l'action. Elle n'exprime que la facilité de cession et c'est, répétons-le, le mode de cession qui seul tracera une limite nette et sûre entre l'intérêt libre et l'action réglementée. » Et plus loin : « Là est donc le signe distinctif de l'action, dans la forme extérieure du titre qui permet de le négocier par les voies commerciales : par la simple tradition, s'il est au porteur, par l'inscription sur un registre ou l'endossement s'il est nominatif ». C'est dire ainsi que l'action est la part sociale représentée par un titre nominatif, au porteur ou à ordre. M. Beudant (1) a fait, nous le pensons, bonne justice de cette « doctrine empirique propre tout au plus à contenter le vulgaire, enclin à ne voir d'une idée que sa forme ». Elle prend pour élément constitutif ce qui n'est qu'accidentel. La différence de forme est un signe de la différence de caractères, mais ne constitue pas cette différence. L'action peut être stipulée cessible, seulement par les modes civils, c'est ainsi que la loi du 5 juin 1850 sur le timbre, impose le droit fort aux actions cédées conformément à l'article 1690 du Code civil ». D'autre part, l'article 91 du Code de commerce parle d'intérêts transmis par transfert. Dans la loi du 23 mai 1863, les actions avant la constitution définitive étaient cessibles, après seulement, négociables, et c'étaient les mêmes titres. Il faut pourtant retenir ceci de cette théorie que les

(1) *Revue crit.*, 1869, p. 151.

actions sont *très habituellement* cessibles par les modes commerciaux. Et, si le Code civil ne se prêtait pas à de tels modes de cession, nous ne pourrions, sans grave réserve, affirmer le droit des sociétés civiles à diviser leur capital en actions de la forme où nous les voyons sur les marchés financiers. Mais la forme nominative à ordre ou au porteur est de droit commun, à l'usage de qui veut l'employer (1). Toute créance peut revêtir cette forme, donc aussi la part sociale. Elle se transmet alors par l'inscription sur le registre de la société ; par l'endossement au cessionnaire, ou même par simple tradition. On dit alors que le titre est négociable. « La négociabilité du droit, dit M. Thaller, peut être insérée dans tous les titres de créances, civils ou commerciaux : C'est une règle rentrant dans l'autonomie des contractants (2). » Et ailleurs : « Cet avantage de négocier le titre et de substituer un acquéreur par transfert ou simple livraison de certificats ne saurait être refusé à l'actionnaire. On reconnaît aujourd'hui qu'une créance quelconque peut être, par la volonté des parties, rendue transmissible par endossement, et l'on ne voit pas pourquoi l'on s'abstiendrait de suivre ce principe à l'égard des autres modes de négociation commerciale, transfert

(1) C'est ainsi que les billets à ordre, qui deviennent des billets au porteur au moyen d'un endossement en blanc, peuvent être souscrits par des non commerçants pour des causes non commerciales, Code de com., art. 189 et 636.

(2) *Traité élémentaire*, p. 357.

ou tradition du titre (1). » Les actions des sociétés civiles pourront donc être négociables.

D'autres caractères également accessoires de l'action ont été adoptés par certains auteurs comme éléments prédominants en l'absence de quoi une société civile ne serait pas une société par actions. Il est inutile ici que nous nous attardions à démontrer que ces théories concèdent à des caractères contingents, une importance exagérée ; car la société civile n'est pas moins susceptible de prendre pour elle ces caractères (2).

C'est d'abord M. Demolombe qui assimile action et limitation de responsabilité. Nous avons vu à propos de la commandite que les statuts de la Société civile pouvaient efficacement stipuler la restriction à l'apport de la responsabilité de leurs membres.

M. Demante, se fondant sur l'article 34 du Code de commerce, veut voir l'action dans toute division du capital social en valeurs égales, ce qui est certes à la portée d'une société civile.

Enfin, M. Bravard, suivi par M. Batbie, fait de la seule cessibilité le signe de l'action. Nous avons démontré la cessibilité des parts sociales.

Il n'est donc pas même de caractères accessoires de l'action que la société civile ne puisse adopter (3).

(1) *Note aux Annales de Droit commercial 1886*, jurispr., p. 72.

(2) V. pour l'analyse et la réfutation de tous ces systèmes les art. cités de M. Beudant, dans la *Rev. crit.* de 1869.

(3) *Association en participation*. — On peut considérer comme

CONCLUSION

Nous pouvons légitimement conclure maintenant que les Sociétés civiles peuvent prendre toutes les formes énumérées par le Code de commerce ; de même qu'elles peuvent se constituer en sociétés en nom collectif et en commandites par intérêt, de même elles pourront efficacement s'annoncer comme sociétés en commandite par actions, comme sociétés anonymes par actions. Et ainsi nous avons démontré que la construction du Code civil, dont nous avons établi les bases dans notre première partie, était véritablement assez large pour abriter les formes commerciales de société. Tel était l'objet de notre seconde partie.

une forme commerciale l'association en participation, art. 47-50, Code de com. Son importation dans le domaine civil ne saurait offrir de difficultés. Le caractère de cette société, au moins dans une opinion qui paraît dominante, est de ne pas exister pour les tiers ; elle est occulte ; le gérant traite *proprio nomine*. Et même, elle n'est pas une société proprement dite, car elle fait échec à deux conditions importantes : l'existence d'un fonds commun ; l'obligation d'un apport pour chaque adhérent (voir Thaller, *Traité élément.*, p. 234). Sa parenté avec la commandite est frappante et d'ailleurs historique. Nous avons vu l'ancien droit opposer la commandite-société à la commandite-participation. Elle est une commandite où le fonds commun n'existerait pas. C'est donc par *a fortiori* que nous admettrons les sociétés civiles à prendre la forme d'associations en participation.

TROISIÈME PARTIE



RÉGIME DES SOCIÉTÉS CIVILES A FORMES COMMERCIALES

CHAPITRE PREMIER

RÉGIME LÉGAL DES SOCIÉTÉS ANTÉRIEURES A LA LOI DU 1^{er} AOUT 1893.

—

§ 1^{er}. — Qu'elles ne sauraient être régies que par le Code civil et la loi de leurs statuts.

On aurait pu, pour établir le droit des sociétés civiles aux formes commerciales, se fonder directement sur les textes législatifs qui l'impliquent. Ces textes paraissent être une sérieuse base d'argumentation. Nous ne nous en sommes pas contenté pourtant. Nous avons analysé dans notre premier chapitre la conception du Code civil en matière de société. Nous avons montré qu'elle était assez large pour comprendre l'idée mère des diverses formes commerciales. Puis, dégageant, dans notre second chapitre, les éléments caractéristiques de ces formes, nous les avons montrés en harmonie avec les textes du Code civil qu'ils pouvaient paraître heurter. C'est alors seulement que nous avons voulu invoquer les documents législatifs d'où on peut directement

inférer la légalité des sociétés civiles à formes commerciales. Or, si nous nous étions contenté de ce dernier argument la question du régime légal des sociétés civiles ayant emprunté les caractères commerciaux demeurerait entière. Car nous ne saurions pas si le législateur n'a pas admis, avec les formes commerciales, quelque chose d'exceptionnel, à quoi il faut adapter en conséquence un régime exceptionnel approprié. Et si ces formes relèvent, au contraire du droit commun civil, il nous faudrait dire comment il convient d'entendre le droit civil à cet endroit. Notre méthode a été de répondre par avance à ces questions. Et nous pouvons maintenant dire qu'en principe la question du régime des sociétés civiles à forme commerciale ne se pose plus pour nous. Nous avons fait sortir ces formes des principes mêmes du Code civil ; nous avons montré qu'elles en étaient l'application naturelle ; que la volonté des contractants était souveraine à les adopter. Nous n'avons rencontré aucune entrave, aucune condition qui fut imposée à cette adoption. Cela est dire que les sociétés qui revêtent les formes commerciales auront pour loi le Code civil et les statuts que les associés se seront donnés. Telle est bien notre opinion. C'est la seule conclusion que nous permette notre conception de la nature des formes commerciales.

§ II. — Que les Sociétés restant civiles, les conséquences attachées à la nature commerciale leur sont, par là même, étrangères.

Une pareille rigueur de logique avait commandé à certains auteurs et à une jurisprudence déjà lointaine, des conclusions diamétralement opposées. C'est qu'ils rejetaient nos prémisses. Pour eux, il y a irréductible antinomie entre les caractères de la forme commerciale et la nature civile (1); une société n'est plus civile quand, à la responsabilité divisée et indéfinie, les statuts substituent la solidarité ou la responsabilité limitée. Une société à forme commerciale ne saurait être qu'une société *commerciale*. Un arrêt du 9 février 1843 (2) formule nettement cette théorie et cette conséquence. Il décide que la société n'eût pas dû prendre la forme commerciale, mais que l'ayant prise, elle sera déclarée commerciale, les tiers ayant compté sur les garanties de la loi commerciale. Un tel système repose sur cette affirmation — contre laquelle nos explications ne sont qu'une longue protestation motivée — que la société civile est incompatible avec les formes commerciales. Il aboutit, d'autre part, à cette conclusion

(1) V. entr'autres : Vincens, *Législ. com.*, t. I, n° 49 ; Delangle, *S. com.*, t. I, n° 34 et suiv.

(2) D. P. 1843, 4, 293.

universellement repoussée aujourd'hui que la forme commerciale rend commerciale la société, indépendamment de son objet. C'est de l'objet, non de la forme que dépend le caractère civil ou commercial de la société. Une société ne saurait être dans la classe des commerçants que par la cause qui rendrait une personne commerçante, c'est-à-dire pour avoir accompli d'habitude et de profession des actes de commerce. M. Labbé précise à l'aide d'une analogie (3) : « La souscription d'une lettre de change est un acte intrinsèquement commercial (Code com. 632). Cependant, celui qui souscrit habituellement des lettres de change ne devient pas commerçant. La lettre de change est un moyen, non un but. Ce moyen peut servir au succès d'opérations civiles ou commerciales ; le caractère civil ou commercial de la profession d'une personne doit se déterminer d'après le but qu'elle poursuit, non d'après le moyen qu'elle emploie. » Or, le but poursuivi par la société est par hypothèse un but civil, un objet civil. C'est-à-dire qu'elle accomplit des actes civils. Elle restera donc civile.

Il n'en pourrait être autrement que si les parties pouvaient, à leur gré, conférer aux actes qu'elles accomplissent la nature commerciale. Il n'en est pas ainsi. M. Thaller (4), après avoir dégagé cette idée que

(3) Note, S. 68, 2, 331.

(4) *Traité élémentaire de Dr. com.*, p. 4 et suiv.

le commerce consiste dans la circulation des produits, de l'argent, des titres fiduciaires, que le droit commercial régit tous les contrats passés à l'occasion de cette circulation, observe que le Code, au lieu d'affirmer cette loi naturelle en en faisant un principe de droit, a préféré énumérer les actes de commerce. « Mais, dit-il, l'énumération légale est limitative. On n'a pas le droit de l'étendre par des raisons d'analogie. Cela provient de ce que le droit commercial forme un droit d'exception à côté du droit civil qui constitue le droit commun. Or les exceptions sont soumises à une interprétation stricte (1). » Ainsi l'énumération des articles 632 et 633 du Code de commerce détermine par là même qu'elles seront les sociétés de commerce. Ce seront les sociétés accomplissant des actes commerciaux. Les autres seront sociétés civiles, quelle que soit leur forme. Telles les sociétés opérant sur des immeubles ou des sociétés se livrant à une industrie extractive. Donc les sociétés civiles à forme commerciale ne restent pas moins civiles. C'est un point considéré désormais comme certain (2). Le régime de nos sociétés s'en trouve ainsi, pour tout le monde, déterminé, quant aux conséquences tenant à la nature commerciale des sociétés. Il nous suffira de les énumérer. Elles ont trait à la compétence du tribunal de commerce, à la faillite, à l'obligation de tenir des

(1) *Op. cit.*, p. 8.

(2) La jurisprudence s'est établie en ce sens de 1866 à 1884.

livres. On peut ajouter, depuis la loi du 12 janvier 1886, à la liberté du taux de l'intérêt, comme autrefois à la contrainte par corps. La forme commerciale n'entraînera pour la société civile aucune de ces conséquences. Elles s'appliquent aux commerçants seulement : elles ne peuvent s'appliquer à des sociétés qui ne sont pas commerciales.

§ III. — Qu'elles ne sont pas astreintes à la publicité de leurs statuts.

Des auteurs (1) soutiennent que pour que les clauses des sociétés civiles à forme commerciale puissent sortir effet, il faut qu'elles aient été publiées. La loi commerciale, d'abord dans l'article 42 du Code de commerce, puis dans les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867, a exigé et organisé la publicité des sociétés commerciales. Les sociétés civiles n'y ont jamais été soumises par le Code civil. Quelle est donc la raison de les y astreindre quand elles prennent une forme commerciale ? La seule qu'on puisse dégager est une raison d'utilité pratique. On remarque que les clauses caractéristiques des formes commerciales dérogeant à la responsabilité personnelle et divisée de l'associé civil,

(1) V. la note de M. Thaller sous Trib. civil Seine, 8 avril 1886. *Annales de Dr. com.* 87, Jurisp., p. 70. — V. également *Traité élémentaire de Droit comm.*, p. 358.

atténuent cette responsabilité plus souvent qu'elles ne l'élargissent. Dès lors un danger menace les tiers qui n'auront pas eu la prudence de consulter les statuts, et qui auront traité dans la croyance à la responsabilité indéfinie des associés. Certes, il y a là une situation fâcheuse. Mais on oublie que cette situation est voulue par la loi. La loi impose aux tiers de s'enquérir des pouvoirs du mandataire. Or, les tiers ont traité avec un mandataire; ils savaient que les statuts seuls liaient les mandants. Nos adversaires sont ceux qui s'en tiennent à l'interprétation de l'article 1863 que nous avons combattue. Ils pensent que cet article met à la charge de la société l'obligation d'avertir spontanément les tiers des clauses limitatives de responsabilité; et la publicité est offerte par eux à la société comme un adoucissement à l'exigence de la loi. Trop heureuse doit-elle s'estimer d'échapper ainsi à l'obligation de renouveler dans chacun de ses contrats, une stipulation expresse qui, seule, arrêterait le créancier. C'est la pensée de M. Pont (1) qui estime que la publicité s'impose, mais qu'elle suffit à satisfaire à l'article 1863. M. Laurent (2) remarque dans le même sens que les tiers mis en demeure de connaître les statuts traiteront en connaissance de cause. « La publicité, dit enfin M. Thaller (3) a précisément pour but de suppléer à

(1) *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. 1, n° 423.

(2) *Principes du Droit civil français*, t. XXVI, n° 218.

(3) *Annales de Droit comm.* 87, *Jurispr.*, p. 74.

cette nécessité fatigante d'avertir dans chaque convention la contre-partie des conditions de la responsabilité des associés. Elle prévient une fois pour toutes les créanciers futurs des stipulations diverses insérées dans les statuts. » Nous ne nions pas les avantages de la publicité pour les tiers. Mais une raison de droit nous défend de l'imposer aux sociétés civiles. Nous repoussons ce système parce que nous avons repoussé l'interprétation qu'il implique de l'article 1863. Les principes du mandat régissent seuls à nos yeux les rapports de la société civile avec les tiers ; la raison de l'utilité pratique de la publicité ne saurait prévaloir.

Au surplus on peut faire à cette doctrine une objection d'exécution pratique qui n'est pas sans portée. A quel greffe les tiers prendront-ils connaissance des statuts ? La loi, réglant la publicité pour les sociétés commerciales n'a pu parler que du greffe des tribunaux de commerce. C'est là qu'on voudrait aussi envoyer les créanciers d'une société civile (1). Or cela est au moins matière à discussion si l'on observe que lorsque le règlement d'administration publique du 22 janvier 1868 (2) intervenu en exécution de la loi du 24 juillet 1867 a soumis exceptionnellement à la publicité les sociétés civiles d'assurances mutuelles, il n'a pas manqué d'approprier à la nature de ces sociétés la publication

(1) V. Thaller, *Traité élém.*, p. 358.

(2) D. P. 68, 4, 15.

qu'il imposait — c'est le greffe du tribunal civil qui la recevra.

Et, enfin, quelle sera, dans ce système, la sanction du défaut de publicité ? L'article 56 de la loi de 1867 reproduisant l'ancien article 42 Code de commerce frappe de nullité la société commerciale non publiée. La jurisprudence (1) en conclut qu'on se trouvera alors en présence d'une société de fait qui doit être liquidée entre les associés conformément aux statuts sociaux, comme au cas de liquidation normale. Quant aux tiers, la nullité ne pouvant leur être en rien opposée, ils gardent leur action solidaire en cas de société en nom collectif ou subissent la limitation de responsabilité s'il s'agit d'une commandite ou d'une société anonyme. Ces conséquences, manifestement, ne sauraient découler du défaut de publicité d'une société civile. Si pour une raison quelconque, les clauses exceptionnelles de responsabilité demeurent sans effet vis-à-vis des tiers on doit logiquement retomber sous la loi de la responsabilité indéfinie et divisée (2). Ainsi donc, n'apparaît pas comme bien nettement définie en droit cette publicité à laquelle on veut astreindre la société civile. C'est une raison de plus pour l'écarter.

(1) V. Cass., 5 janvier 1886, D. P. 86, 1, 422.

(2) V. dans ce sens à la page 181 la note sous Toulouse 23 mars 87, *Annales de droit commercial*, année 86-87. Juris., p. 180.

§ IV. — Qu'elles ne sont pas davantage astreintes à une dénomination consacrée.

La jurisprudence paraît se tenir encore plus près de l'observation de l'article 1863. Elle estime que la publicité des statuts ne saurait y satisfaire (1). Elle exige que l'acte passé avec le créancier porte la trace de la restriction de la responsabilité de l'actionnaire à sa mise. En fait elle adoucit singulièrement la sévérité de son système. Elle admet en effet que la qualification : société anonyme, prise par la société suffira à faire entendre qu'on est convenu de la limitation de responsabilité. Et, finalement, les partisans de la publicité lui font le reproche de risquer de laisser la règle s'absorber dans les exceptions. Quoi de plus naturel, en effet, qu'une société anonyme ou en commandite prenne la qualification de la forme qu'elle a adoptée dans ses documents et dans les contrats qu'elle passe ? Mais cette exigence si minime soit-elle est encore trop à notre sens. Elle n'en consacre pas moins le principe que nous avons combattu. Elle a son point de départ dans l'interprétation erronée de l'article 1863 (2). Le régime des sociétés

(1) V. jugement 9 avril 86, *Ann. de Dr. comm.* 87, Juris., p. 70. V. aussi arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 21 fév. 1883, S. 84, 1, 361.

(2) V. la note de M. Thaller aux *Ann. de Dr. comm.* 87, p. 75.

civiles à forme commerciale ne saurait en dépendre.

La loi n'a créé de formes déterminées, avec une dénomination significative, que pour les sociétés de commerce. Ce sont des moules dont la société est obligée d'adopter les contours. L'avantage est certain. La seule dénomination de la société dira aux tiers sa situation juridique. Ils n'auront à se référer aux statuts, d'ailleurs publiés, que s'ils veulent connaître les détails de l'organisation et, pour ainsi dire, la situation de fait de la société. Mais, quand les sociétés civiles se placent dans la situation juridique des sociétés commerciales, elles le font en toute indépendance, car elles ne font qu'appliquer la loi civile. Les astreindre à prendre une dénomination consacrée serait leur imposer arbitrairement une condition que la loi n'a pas mise à l'exercice de leur droit. Si elles prennent cette dénomination, ce qui, en fait, peut être habituel, c'est de leur seul gré ; en l'absence de cette dénomination les principes du mandat ne doivent pas moins rendre les statuts opposables aux tiers.

§ V. — Qu'elles ne sont pas soumises à la réglementation commerciale.

Le même souci d'utilité pratique et d'équité a donné naissance à un système qui impose aux sociétés civiles voulant adopter une forme commerciale toutes les règles

édictées par les articles 18 et suivants du Code de commerce, et surtout par la loi du 24 juillet 1867, aujourd'hui modifiée par la loi du 1^{er} août 1893 (1). On fait observer que la réglementation édictée par la loi commerciale ne l'a pas été en raison de la nature commerciale des sociétés, mais à raison de leur forme. Il est, en effet, certain que les abus ne sont pas conjurés par la destination civile de l'entreprise. Les formes commerciales, notamment les formes par actions, se prêtent étrangement à ce qu'on a appelé les brigandages de la finance. La loi commerciale a voulu les prévenir en assurant la constitution loyale du capital social et en organisant une surveillance efficace de la gestion des intérêts communs. On doit souhaiter que de telles précautions soient prises, quelle que soit la nature des opérations de la société. Mais nous devons simplement regretter l'imprévoyance de la loi sur le terrain civil. En effet, l'application aux sociétés civiles de la réglementation des formes commerciales, serait un empiètement injustifiable du droit commercial sur le droit civil. Nous avons montré que dans l'édification des sociétés civiles à forme commerciale tout est dominé par le principe de la liberté des conventions. Une société civile peut prendre les formes commerciales tout en restant civile. Pour qu'on puisse assujettir l'exercice de ce droit à une

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité des Soc. com.*, p. 763 et suiv. — Dans leur sens : Arrêt de Toulouse, 23 mars 84, *Annal. Dr. com.*, 87, *Juris.*, p. 180. Note en sens contraire.

réglementation quelle qu'elle soit, il faut incontestablement que le législateur ait manifesté sa volonté au moins implicitement. Or, il est aisé de démontrer que le législateur n'a pas fait cette réglementation en vue des sociétés civiles, qu'il a même voulu les en dispenser. Elle a été organisée par des lois additionnelles postérieures au Code de commerce. Or, ces lois ne l'ont même pas en général appliquée à toutes les sociétés commerciales. Ce sont : la loi du 17 juillet 1856 qui ne l'appliquait qu'aux sociétés en commandite, la loi du 13 mai 1863 qui ne l'appliquait qu'aux sociétés à responsabilité limitée, enfin la loi du 24 juillet 1867 qui abroge les précédentes et réglemente les sociétés par actions. Sous la loi de 1856, l'exclusion de l'anonymat commercial impliquait, bien évidemment, exclusion de l'anonymat civil. Lors de la discussion de la loi de 1863 un contre-projet de la commission tendait à appliquer la loi aux sociétés civiles d'un capital inférieur à 20 millions ; il fut repoussé par cette raison que la loi ne devait s'appliquer qu'aux sociétés commerciales. La loi de 1867 a-t-elle, au contraire, pensé à préserver les capitaux de toutes les sociétés par actions ? Il doit sembler qu'on n'eût pas manqué, dans ce cas, de s'expliquer au sujet des sociétés civiles après ce qui s'était passé en 1863. Or, la loi est muette à leur endroit. Mais, il y a mieux : la même tentative fut faite qui avait échoué en 1863 ; elle fut pareillement repoussée ; et, enfin, nous paraît décisive la raison donnée par le gouvernement qui demanda au Corps législatif d'écarter

ter l'amendement parce qu'un projet de loi spécial aux sociétés civiles devait être ultérieurement déposé (1).

D'ailleurs quelle serait la sanction de l'inobservation de la loi ? La loi de 1867 frappe de nullité la société, articles 7 et 41, et ajoute de sévères pénalités : articles 13, 14, 15, 45. Des pénalités ne sauraient être infligées aux fondateurs d'une société civile quand même ils seraient tenus de remplir les conditions imposées pour les sociétés commerciales (2) : *Pœnalia non sunt extendenda*. Et quant à la nullité, elle joue ici un rôle qui a permis à la Cour d'Orléans (3) de dire que : « les sanctions civiles de la loi de 1867 équivalent à de véritables pénalités. »

Nous l'avons dit, les motifs invoqués pour légitimer l'application aux sociétés civiles de la loi de 1867 n'intéressent guère que l'utilité pratique. Il est bon que la liberté de prendre les formes commerciales soit une liberté réglementée. Nous ne le contestons pas. Mais il est clair que nous n'avons pas le droit de devancer l'accomplissement de la promesse faite en 1867 (4).

(1) Mathieu et Bourguignat, *Com. de la loi de 1867*, p. 221 et 222.

(2) V. *Crim. Rej.*, 18 juin 73, D. P. 74, 1, 441 ; *Crim. Rej.*, 9 mai 79, D. 79, 1, 315.

(3) Orléans, 28 juil. 87, D. P. 88, 2, 258.

(4) D'ailleurs la situation de liberté pure et simple que nous faisons aux sociétés civiles n'est pas nouvelle. L'arrêt de Cass. qui les soumit à l'autorisation préalable que le Code com. imposait aux sociétés anonymes est du 13 mai 1857. Jusque-là elles avaient donc vécu libres de tout contrôle comme de toute réglementation, puisque la réglementa-

VI. — **Autres conséquences du principe qu'elles sont régies par le Code civil et la loi de leurs statuts.**

D'une façon générale, nous tirerons donc du seul fond du Code civil le régime des sociétés civiles à forme commerciale.

1° Preuve du contrat.

Nous appliquerons simplement en principe l'article 1834 du Code civil : « Toutes les sociétés doivent être rédigées par écrit lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs... » La loi commerciale est plus rigoureuse ; elle exige toujours la rédaction d'un

tion n'existait pas encore pour les sociétés commerciales anonymes.

On peut également signaler des exemples de cette liberté, au moins à certains égards, dans les législations actuelles ; en Italie et en Belgique, le taux des actions est libre. C'est au surplus un des traits caractéristiques du groupe néo-latin des législations commerciales que la réglementation peu sévère des sociétés par actions, et plus encore du groupe anglo-saxon. — V. Thaller à son *Cours de droit commercial comparé*, Paris, 1899.

Au surplus, le régime de la réglementation pour les sociétés par actions n'est peut-être pas le régime de l'avenir. Les progrès des mœurs commerciales permettront peut-être de les émanciper un jour. V. Lyon-Caen, *Du mouvement législatif concernant les sociétés par actions en France et dans les principaux États. Annales de Dr. comm.*, 1886, p. 72 et 73.

écrit quel que soit le chiffre des apports réunis. Cette exigence s'harmonise du reste avec l'obligation de publier les statuts à laquelle sont soumises les sociétés commerciales : la publication serait impossible si l'écrit manquait (1). Donc, la société étant civile, il faudra pour que la preuve par témoins et les présomptions de fait soient écartées que l'objet de la société excède 150 francs. L'obligation de fournir la preuve écrite ne concerne d'ailleurs que les associés. Les tiers peuvent toujours établir l'existence de la société par tous les moyens possibles (2).

Si la société est en commandite ou anonyme, combien faudra-t-il d'originaux d'un acte dressé sous seing privé ? Nous entendons faire bénéficier les sociétés civiles du principe de l'article 1325 : « qu'il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. » C'est le cas d'associés tenus seulement dans la mesure de leur apport. C'est ainsi que la jurisprudence admet qu'un seul original suffira pour tous les commanditaires d'une société commerciale en commandite par intérêts (3).

(1) On peut relever une autre différence — mais elle est controversée — au sujet de l'écrit, entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales : des auteurs ont prétendu que l'écrit est exigé entre les parties *ad solemnitatem non ad probationem*. Ce point de vue n'a jamais été soutenu pour les sociétés civiles. V. Lyon-Caen et Renault, *Tr. des Soc. com.*, 123.

(2) V. Laurent, *Princip. de Dr. civ.*, 26, n° 480 ; Pont, 2, n° 1117.

(3) V. Thaller, *Traité élément.*, p. 171.

2^o *Fonctionnement de la société.*

Le fonctionnement sera souverainement réglé par les statuts. Leur silence serait suppléé à l'aide des principes très larges posés par le Code civil. C'est en somme plutôt d'une façon négative que nous devons signaler la situation des sociétés civiles à forme commerciale à ce point de vue. Nous devons dire en effet que malgré les inconvénients, reconnus par tout le monde, d'une liberté absolue, les sociétés formées par actions seront soustraites aux prescriptions de la loi de 1867 sur le taux minimum des actions, le versement du quart, la nomination de commissaires ou d'un conseil de surveillance, les conditions d'éligibilité des administrateurs, etc... Nous répéterons qu'il y a là, certes, non pas un régime mais plutôt une absence du régime et un danger. Une telle situation n'est pourtant pas inconcevable : nous avons montré qu'elle avait sans conteste existé avant 1857, et nous avons signalé des exemples actuels de liberté de réglementation dans les législations étrangères.

3^o *Causes de dissolution.*

Il y a une observation à faire au point de vue des causes de dissolution qu'énumère le Code civil. Il en est en effet qui tiennent à *l'intuitus personæ*. Ces

clauses ne sauraient fonctionner dans les sociétés par actions qui ont précisément usé de la faculté laissée par le Code civil de faire échec à la considération de la personne. Ce sont : la mort de quelqu'un des associés (art. 1865, 3° du Code c.) ; la déconfiture d'un associé (1865, 4°) ; l'interdiction légale ou judiciaire d'un associé (art. 1865, 4°) ; la volonté qu'un seul ou plusieurs associés exprime de ne plus être en société (art. 1865, 5° Code c.).

CHAPITRE II

RÉGIME EMPRUNTÉ CONTRACTUELLEMENT A LA LÉGISLATION COMMERCIALE.

—

§ 1^{er}. — La société peut, « contractu », se soumettre à la réglementation commerciale.

Cette liberté dont sont assurées les sociétés civiles dans leur constitution et leur fonctionnement n'est pas sans danger pour elles. Elles peuvent à loisir réduire la garantie offerte par le capital social nominal et le dissiper en l'absence de tout contrôle. Ces perspectives ne sont pas faites pour attirer des prêteurs ou des actionnaires. La société n'inspirera pas la confiance ; son crédit sera atteint. Aussi, en fait, le plus souvent, se soumet-elle, par une clause des statuts, à la réglementation commerciale. Certainement alors, cette réglementation s'imposera en principe (1). Il y a là un

(1) « Les sociétés civiles ne sont pas forcément dirigées sur trois routes (comme les sociétés commerciales), mais elles peuvent déclai-

engagement pris envers le public. Rien n'est plus régulier qu'une telle promesse. Ceux qui l'ont faite devront s'y tenir. La procuration doit être respectée par les tiers, mais plus encore par les mandants qui l'ont donnée. Mais alors ce n'est pas légalement que s'impose le système réglementaire, il s'impose par la force contractuelle d'une promesse valable. C'est dire la portée d'application de la loi commerciale : elle s'appliquera, sauf quand une raison d'ordre public limitera le terrain d'application de ses dispositions. C'est ainsi que seront assumées, par la société civile, les règles concernant la publicité, le taux des actions, les versements, l'organisation des pouvoirs et des assemblées. Le cadre de notre étude ne comporte pas d'ailleurs de plus longs développements sur chacune de ces particularités d'organisation.

§ II. — Exceptions tirées de l'ordre public.

Mais nous devons signaler, comme écartées par notre principe, les sanctions pénales qu'édicte la loi de 1867. Les articles 13, 14, 15, 16 pour les sociétés en commandite, l'article 45 pour les sociétés anonymes, sanctionnent par des responsabilités civiles ou même par

rer qu'elles en suivront une... » Beudant (*Rev. crit.* 1867, t. XXXI), *Des origines et du système général de la loi de 1867*, au début.

les peines de l'escroquerie les règles concernant la constitution des sociétés par actions. Il y a, dit-on (1), entre les règles et leur sanction un lien indissoluble : il serait arbitraire d'admettre les premières en écartant les secondes. La raison est insuffisante en présence du principe que les peines sont de droit étroit, *pœnalia non sunt extendenda*. Nous écartons, pour la même cause la nullité qu'édicte aussi, comme sanction, les articles 7 et 41 de la loi de 1867, et les responsabilités pécuniaires qui en résultent. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler un arrêt de la Cour d'Orléans (2) disant que les sanctions civiles de la loi de 1867 équivalent à de véritables pénalités (3). Mais, les principes généraux des conventions synallagmatiques trouveront ici leur place : les tiers invoqueront la résolution du contrat pour inobservation de la convention : article 1184, et ils assigneront les fondateurs en réparation du tort « que le mépris de la promesse faite leur a occasionné » (4).

(1) Lyon-Caen et Renault, *Tr. des Soc. comm.*, p. 774.

(2) Orléans 28 juill., 87, D. P. 88, 2, 258.

(3) V. aussi en ce sens la note sous Toulouse, 23 mars 1887, *Ann. de Dr. comm.*, 87, Jurisprudence, p. 180.

(4) *Ann. de Dr. comm.*, 87, Jurisprudence, p. 182.

§ III. — La prescription de l'article 64 du Code de commerce.

On peut hésiter, enfin, au sujet de l'application aux sociétés civiles de la prescription de l'article 64 du Code de commerce qui libère par cinq ans « les associés non liquidateurs et leurs veuves ou ayants cause... ». Non pas tant, peut-être parce que cette prescription tiendrait à la forme de certaines sociétés (1) — cela est bien discutable en présence des termes généraux et formels de l'article 64, — mais, en tous cas, pour la raison qu'en donne M. Thaller (2) : « Un débiteur peut stipuler en contractant qu'il sera libéré par un temps plus court que trente années, par cinq ans notamment. Si le créancier accepte cette clause, il devra la respecter, il a renoncé à la prescription de trente ans. C'est ce que font les associés lorsqu'ils constituent une société de ce genre, et les créanciers leur donnent acte de cette stipulation. » Les associés en effet, se sont soumis à la loi commerciale et les tiers peuvent la leur opposer : ils doivent aussi en avoir le bénéfice.

(1) Sic. Lyon-Caen et Renault, *Traité des Soc.*, n° 428 et suivants et 4088.

(2) *Tr. élém. de Droit com.*, p. 357,

CHAPITRE III

RÉGIME LÉGAL DE LA LOI DU 1^{er} AOUT 1890.

§ 1^{er}. — Sens de la loi. — Commercialisation des sociétés
par actions.

Le régime que nous avons défini pour les sociétés civiles ayant adopté les formes commerciales est net et repose sur un principe précis : l'application exclusive du Code civil et de la loi des statuts. Mais nous avons dû reconnaître que ce principe était loin d'être généralement accepté ; et que la jurisprudence qui paraissait l'admettre l'entendait de telle façon que le droit aux formes limitatives de la responsabilité des actionnaires n'en demeurait pas moins précaire : les associés étaient toujours menacés d'une responsabilité indéfinie. Et ainsi ils étaient détournés de la participation à ces sociétés. D'autre part la jurisprudence n'appliquait pas la réglementation protectrice de la loi de 1867 ; et le public se défiait de sociétés qui pouvaient être sans consistance. D'autant qu'un danger plus grand peut-être

menaçait les créanciers : l'absence des garanties de la faillite au cas de déconfiture de la société. Ce fut ce danger qui détermina une transformation radicale — et depuis longtemps attendue d'ailleurs — du régime des sociétés civiles à formes commerciales (1). Il ne rentre pas dans le cadre de notre étude de nous étendre sur les circonstances où s'est accomplie la réforme législative. Nous en dirons simplement le sens et la portée. La loi du 1^{er} août 1893 par un article 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867, a tranché dans le sens affirmatif la situation des sociétés civiles par actions aux trois points de vue de :

la possibilité de prendre les formes commerciales ;

l'application de la réglementation de ces formes ;

l'application des règles tenant à la nature commerciale des sociétés.

L'article 68 dit en effet : « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce et de la présente loi seront commerciales et soumises aux

(1) Nous faisons allusion aux difficultés qui se sont élevées dans la liquidation de la société civile anonyme de *Panama*. Le caractère civil de la société empêchait qu'elle fut mise en faillite ou en liquidation judiciaire. Il en résulta une situation tellement préjudiciable aux intérêts des créanciers sociaux qu'une loi spéciale fut faite organisant une sorte de faillite : le droit de poursuite individuelle des créanciers fut suspendue (art. 1^{er}) et conféré à un mandataire nommé par justice. V. la loi du 1^{er} juillet 1893 et le commentaire qui en a été fait par M. Paul Bressolles. Paris, Rousseau, 1894.

lois et usages du commerce. » La loi a donc tranché la situation d'un mot : elle rend la société *commerciale*. La société sera en conséquence valablement constituée en l'une des formes commerciales, soumise à la réglementation de cette forme, soumise enfin à la faillite et à la liquidation judiciaire, à l'obligation de tenir les livres prescrits pour les commerçants, à la compétence des tribunaux de commerce (art. 631 Code com.). La loi ne pouvait adopter de procédé plus radical. Il l'est au point qu'il supprime la question plutôt qu'il ne la résout : il n'y aura plus de sociétés par actions de nature civile, elles seront nécessairement commerciales. La liste des actes commerciaux par eux-mêmes est enrichie d'un facteur. Le régime des sociétés civiles par actions peut donc être défini d'un mot : c'est le régime des sociétés commerciales.

§ II. — **A** quelles sociétés s'applique la loi. — Quelles sociétés il convient désormais de qualifier sociétés civiles à formes commerciales.

Des sociétés subsisteront néanmoins avec leur caractère civil malgré l'adoption d'une forme commerciale. Ce seront d'abord les sociétés de toutes formes commerciales antérieures à la loi de 1893. La loi n'a pas d'effet rétroactif. Le Sénat repoussa formellement la rétroactivité en substituant dans la formule de l'article

les termes « seront commerciales » aux termes « sont commerciales » que portait le texte de la Chambre des Députés. En second lieu, la loi ne concernant que les sociétés par actions, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite par intérêt qui se formeront dans l'avenir demeureront civiles si telle est la nature de leurs opérations. A ces sociétés, nous appliquerons le régime que nous avons défini dans le cours de notre étude : il n'y a donc pas lieu de nous étendre davantage à leur sujet.

La solution que nous donnons quant aux sociétés auxquelles s'applique l'article 68 ne va pas sans objections. Le texte vise la commandite d'une manière générale. Il a pu sembler en conséquence que le nouveau régime s'appliquait aux sociétés en commandite *par intérêts*, comme aux sociétés par actions. Mais il y a les meilleures raisons de les exclure de l'application de l'article 68. Les sociétés par actions sont d'abord les seules dont la loi s'occupe par ailleurs et qui soient manifestement dans son objet. De plus, les travaux préparatoires dévoilent nettement l'esprit de la loi à cet égard. Tel le rapport fait à la Chambre des Députés : « Bien des controverses se sont élevées sur le régime auquel dans l'état de notre législation sont soumises les sociétés qui, ayant au fond pour objet des opérations ou une exploitation civiles adoptent la forme de *sociétés par actions*..... » Enfin, l'idée de la loi a été empruntée au Code de commerce allemand et là,

sont seulement commercialisées, malgré leur objet civil, les sociétés par actions (1).

§ III. — Nature des actes faits par les sociétés civiles commercialisées.

Est-ce à dire que la situation légale de ces sociétés soit nettement réglée à tous les points de vue ? La société est commerciale par la volonté de la loi ; mais la loi ne dit pas que le caractère commercial sera imprimé par là même *aux actes qu'elle accomplit*. Restent-ils de nature civile comme par le passé ? S'il en est ainsi, ils seraient soumis à la compétence des tribunaux civils. Et il faudrait faire un départ entre les contestations entre associés, relevant de la juridiction consulaire, et les contestations concernant les opérations sociales soumises à la juridiction civile. Cette opinion est celle de MM. Lyon-Caen et Renault (2). C'est là une interprétation stricte de la loi. D'excellentes raisons militent en faveur d'une interprétation large. C'est d'abord l'étrangeté de cette situation d'un commerçant qui ne ferait pas d'actes de commerce, et d'une faillite alimentée par des dettes civiles. D'ailleurs les travaux

(1) V. Thaller, *Tr. élém. de Dr. com.*, p. 360. — Lyon-Caen et Renault, *Tr. de Dr. com.*, II, nos 426 et suivants.

(2) *Traité des Soc. com.*, Appendice p. 32 ; v. également Lyon-Caen, *Revue du comm. et de l'ind.*, 1894, p. 148.

préparatoires de la loi ne contredisent pas cette interprétation large, et elle est au surplus conforme à l'esprit du Code de commerce lequel tient compte pour la détermination des actes commerciaux de la profession de l'auteur. Elle peut enfin se recommander du précédent de la loi allemande du 11 juin 1870 (1).

M. Thaller (2), partisan de cette interprétation, en principe, y apporte une importante restriction. Il distingue entre les sociétés immobilières et celles qui, suivant l'expression de Goldschmidt, sont de « simples producteurs ». Les opérations sur les immeubles échapperaient à la commercialisation. « Ce qui, dit-il, résiste à la commercialité, ce n'est pas la nature de l'opération, c'est la qualité de la chose sur laquelle elle porte. » Cette exception nous paraît difficilement acceptable en raison. Ce qui semble au fond l'avoir suscitée, c'est l'insuffisance technique des juges consulaires dans une matière qui met en jeu des principes juridiques de délicate interprétation. Et, dès lors, nous trouvons une très grande portée à la remarque qu'on a opposée sur ce terrain, à savoir que les inconvénients pratiques de la juridiction consulaire pour les contestations immobilières étaient atténués largement par la faculté de l'appel devant une Cour, et par la faculté

(1) Dans ce sens la note de M. Lacour sous Paris, 10 juillet 1894, D. 93, 2, 403. — Sur ce point également sous le même arrêt, au S. 96, 2, 57. Note de M. Wahl.

(2) *Annales de Dr. comm.*, 1894, p. 129.

pour le juge consulaire d'écarter la preuve par témoins.

Ces divergences montrent peut-être, au surplus, qu'il est malgré tout impossible d'arriver à une parfaite homogénéité de traitement entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Dès lors pourquoi ne pas se rallier à l'opinion qui peut à la fois se recommander d'une interprétation large de la loi et d'une logique rigoureuse ?

§ IV.— Transformation des sociétés civiles antérieures à la loi du 1^{er} août 1893.

Nous avons dit que la loi de 1893 ne rétroagissait pas. Le législateur n'a pas cependant voulu écarter du bénéfice de la loi nouvelle les sociétés antérieures à sa promulgation. L'article 7, *in fine*, permet « aux sociétés civiles actuellement constituées sous d'autres formes de se transformer en sociétés en commandite ou en sociétés anonymes » si les statuts ne l'interdisent et sur délibération d'une assemblée réunissant la moitié du capital.

Ce texte paraît refuser, par omission, la faculté de transformation aux sociétés *par actions*. Mais, n'y a-t-il pas pour elles un *a fortiori*. On peut invoquer en ce sens les rapports à la Chambre et au Sénat, et les raisons d'être de cette faculté de transformation que

M. Thaller a mises en lumière, dans son article plus haut cité (1). « Lorsque le législateur, dit-il, crée un nouveau type de société plus souple, plus commode, mieux approprié au crédit que ne l'étaient les types antérieurs, un de ses premiers soins est de le mettre à la disposition des entreprises déjà en marche. Si la réforme avait été faite quelques années plus tôt au moment où se sont montées les entreprises, elles n'auraient pas manqué de placer leurs statuts sous son empire. Va-t-on maintenant leur faire reproche de leur ancienneté et laisser à côté d'elles de nouvelles entreprises dans le même ordre d'exploitation user d'un traitement de faveur auquel les premières venues n'auraient point droit ? Voilà qui serait bien mal comprendre la loyauté de la concurrence. Va-t-on les contraindre à liquider pour reconstituer sur les débris de leur capital une société nouvelle qui très certainement obéirait à la réforme ? Non, la loi ne manque jamais d'être accompagnée de dispositions transitoires... En 1867, par exemple, on a reconnu aux sociétés anonymes fondées avec l'autorisation du gouvernement, la faculté de se transformer en sociétés anonymes dans les termes de la loi nouvelle et on sait combien nombreuses sont les compagnies qui ont profité et profitent encore de cette faculté. »

Des circonstances contemporaines du vote de la loi

(1) *Annales de Dr. comm.* 1894, p. 429.

ont suscité une vive controverse sur le point de savoir si la société pourrait se transformer même au cours de sa liquidation. Il s'agissait de la *Société des immeubles de France* (1). Le Tribunal de commerce de la Seine refusa d'admettre la validité de la transformation pour la raison que la cessation de paiements opérerait le dessaisissement du débiteur, qu'en tout cas la déconfiture entraînait la dissolution de la société.

La Cour de Paris (arrêt cité du 10 juillet 1894) n'eut pas de peine à réfuter ces sophismes. La déconfiture de la société n'est pas sa fin ; l'article 1865 du Code civil ne prévoit pas cette cause de dissolution ; et la loi de 1893 ne distingue pas entre la société en activité ou en déconfiture (2).

Telle est la portée finale de la loi du 1^{er} août 1893.

(1) V. la Juris. et les auteurs plus haut cités sur la question de la nature des actes des sociétés commercialisées. Ajouter Bouvier-Bangillon, *Journal des sociétés* 1895, p. 289-337.

(2) Dans ce sens, également : Emile Delecroix, *De la transformation des sociétés civiles en sociétés anonymes* (*Rev. de Leg. des mines*, mars-avril 1897).

En l'espèce, la Cour, pour prononcer la validité de la transformation ne se laissa pas davantage arrêter par cette considération que la déclaration de faillite qui s'ensuivrait porterait atteinte aux droits acquis à des créanciers ayant traité avec une société civile, auxquels en conséquence, la majorité n'aurait pu imposer un concordat. Elle répondit à bon droit qu'il n'y avait pas atteinte à un droit parce que le régime de la faillite offre au moins autant de garanties que le régime de la déconfiture, et que, d'ailleurs, les lois de procédure sont rétroactives.

Mais une circonstance de fait n'en aurait pas moins dû faire repousser l'application du régime de la faillite au passif de la société

commercialisée. La société n'ayant pu opérer depuis sa commercialisation, son passif était uniquement composé de dettes *civiles*. Elle en convenait du reste. Or la cessation de paiements qui légitime le prononcé de la faillite doit porter sur les dettes commerciales. Cela résulte de l'article 437 du Code de com. Telle est l'opinion soutenue par M. Thaller dans l'art. cité et nous sommes disposé à admettre avec lui qu'en l'espèce « la faillite manquait d'aliment ».

Il n'en demeure pas moins qu'en principe la commercialisation est possible en tout état de cause.

CONCLUSION

DE L'UNITÉ DES PRINCIPES DE LA LÉGISLATION EN MATIÈRE DE
SOCIÉTÉ ET DE L'OPPORTUNITÉ DE L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ
EN GÉNÉRAL.

L'idée qui, nous l'espérons, ressortira démontrée de cette étude, c'est que la conception de notre législation en matière de société est une, et que le principe en est assez large pour se prêter, même sur le terrain civil, aux développements qu'il a reçus plus spécialement en matière commerciale (1). Le Code civil, pour conformer l'institution à sa fin économique, qui est de produire des bénéfices, a organisé le fonds social comme un gage

(1) Nous trouvons, dans un passage de M. Pont, une confirmation de ces idées et la raison qui fait que l'institution a été perfectionnée par les lois commerciales : « Dans cette matière des sociétés, dit-il, le Code de commerce est comme un appendice du Code Napoléon (Observations de la Cour d'Orléans sur le Code de commerce). On peut dire même que les affaires de commerce étant l'objet le plus ordinaire des sociétés, c'est surtout de l'élément commercial que le contrat de société tire sa véritable importance. » Paul Pont, *Traité des Soc. civ. et com.*, 1, p. 2

qui put assurer le crédit de la société. La société est ainsi devenue un instrument de crédit. Les formes commerciales n'ont fait que perfectionner cet instrument de crédit. Le sens véritable de l'institution étant établi, on ne devait plus trouver étrange que les sociétés civiles pussent revêtir les formes commerciales.

Mais ce sens fut d'abord méconnu. Nous avons vu qu'il faut en accuser l'influence du droit romain dont la conception en matière de société répondait à des besoins économiques différents. On crut à une incompatibilité de nature entre les formes commerciales de société et la société civile. Et on éleva théoriquement un mur entre l'une et les autres.

La pratique n'en tint nul compte et opéra sur le terrain civil en la même manière que sur le terrain commercial. Notre tâche a été de justifier cette pratique.

Finalement, le législateur est venu confirmer les sociétés civiles dans leur droit de prendre les formes commerciales.

Mais la loi du 1^{er} août 1893 a fait plus encore : elle a conféré aux sociétés civiles ayant pris certaines formes commerciales le régime exceptionnel du commerce — à tous les points de vue.

Cela n'est point pour infirmer notre analyse de la conception du Code civil. La loi commerciale, en donnant aux créanciers — entre autres garanties spéciales — la garantie si appréciable de la faillite, en leur assurant une expédition rapide des procès par l'institution

des tribunaux consulaires, est avant tout une organisation supérieure du crédit dont on a dit qu'il est « l'âme du commerce ». La loi de 1893, en déclarant commerciales certaines des sociétés civiles à formes commerciales, n'a donc fait que mieux assurer leur crédit, et développer ainsi l'institution dans le sens que nous lui avons marqué.

Ainsi considérée à ce point de vue, la loi de 1893 devient un dernier argument en faveur de notre thèse ; elle est une confirmation législative de l'exactitude de la conception que nous avons prêtée au Code civil.

Aussi bien, la conception que nous avons combattue avait contre elle de prêter bien peu de portée aux dispositions du Code civil en présence d'un état économique inauguré bien avant sa promulgation ; et M. Troplong pouvait à bon droit s'étonner que, « cette profonde algèbre du droit ne couvrit que le vide ou d'insignifiantes et incomplètes relations (1) ». Elle avait surtout contre elle de résister aux tendances manifestement libérales du Code civil qu'affirmait déjà M. Troplong disant : « Si donc, la société civile et la société commerciale se séparent quelquefois, elles s'accordent le plus souvent dans les mêmes principes... De plus en plus elles tendront à se rapprocher. Des industries civiles se créent tous les jours qui ont besoin des secours du crédit ; et le crédit, elles l'obtiennent plus facilement en faisant

(1) *Contrat de Soc. civ. et com.*, préface, X.

aux sociétés de commerce l'emprunt de leurs formes et de leurs moyens ingénieux. On crie à la déviation. Non ! c'est l'usage intelligent de la liberté. La liberté est dans le Code civil (1). »

*
* *

Il est enfin indiqué en cette matière, qu'élevant le débat, nous nous demandions si, en raison, une dualité de législation est justifiable pour les sociétés.

C'est, on le voit, un côté de cette question plus générale, agitée surtout en Italie et en Allemagne, de savoir si le Droit privé ne doit pas être un, égal pour tous, si, en conséquence, le droit commercial ne doit pas s'absorber dans le droit civil. M. Vivante, professeur à l'Université de Rome, a établi cette conception sur une base très philosophique (2). La différence de statuts pour les diverses classes de citoyens, dit-il à peu près, se concevait sous les régimes de privilèges ; aujourd'hui, où l'égalité devant la loi est proclamée, elle est un anachronisme.

Cette théorie a été vivement combattue en Italie même et en Allemagne, notamment par Goldschmidt. Un des arguments les plus saisissants qu'on lui ait opposés est la vertu de lente et sûre expansion du droit commercial.

(1) *Op. cit.*, II, p. 516.

(2) V. son article publié dans les *Ann. de Dr. comm.*, année 1893, Doctrine, p. 1.

Les lois commerciales élargissent peu à peu leur empire et finissent souvent par être généralisées au domaine privé tout entier. C'est qu'alors elles ont été éprouvées par l'usage qui en a été fait sur le terrain du commerce : le droit civil peut les accueillir sans craindre de mécomptes. Par quoi remplacer ce merveilleux « terrain d'élevage » si on plie tout désormais au même statut ?

Le *processus* que nous avons pu observer en matière de sociétés n'est pas pour nous inciter à souscrire à l'abolition de la législation commerciale si vivante, si perfectible. Elle a organisé une variété de types de société merveilleusement appropriés à toutes les nécessités économiques. Lorsque leur valeur a été confirmée, lorsque d'ailleurs, la nécessité est devenue aussi impérieuse sur le terrain civil, le droit civil n'a eu qu'à recueillir les fruits de l'expérience faite ; il a adopté les formes commerciales.

Certes, ce n'est pas à dire que les formes commerciales soient une institution foncièrement commerciale que le droit civil ne put s'approprier *qu'au moyen d'une loi*.

Notre thèse a été précisément de montrer qu'elles étaient en puissance dans la loi civile, et même que la pratique avait su les en faire sortir de tout temps.

Mais il n'en est pas moins vrai que le droit commerciale avait seul précisé et coordonné les conséquences du principe commun aux deux statuts. A telles enseignes que les formes de société organisées par lui ont semblé à

nos adversaires quelque chose de propre et exclusif au commerce, et que ces formes, même dans la loi qui les concède explicitement au civil, sont appelées « formes du commerce ».

Cette loi, pour nous, n'est qu'une loi *interprétative* ; elle est venue confirmer notre interprétation des principes de la société du Code civil.

Mais cela ne va pas, à nos yeux, contre l'utilité d'un droit spécial au commerce. Certainement dans cette matière les principes étaient communs. Mais de précieuses conséquences ont été nettement accueillies par la loi commerciale et poussées à un point de perfectionnement que la pratique civile n'eût pu aussi aisément trouver.

Le droit commercial, en l'espèce, n'a pas précisément doté le droit civil d'une institution nouvelle, il a appris aux interprètes du droit civil à mieux lire dans les textes civils. Il a affirmé son rôle d'éducateur des institutions en guidant et perfectionnant l'interprétation de la loi civile. Ce serait assez pour nous confirmer dans la conviction de la dualité des statuts.

D'ailleurs, dans cette matière même de sociétés, le droit commercial a fait mieux. La loi du 1^{er} août 1893 n'est pas seulement une loi interprétative. Elle a déclaré *commerciales* les sociétés civiles de certaines formes. C'est ici de la nouveauté, de l'importation véritable. C'est l'extension à des matières civiles de la faillite, de la juridiction consulaire. Reconnues bonnes pour les sociétés commerciales par actions, elles ont été appli-

quées aux sociétés civiles de mêmes formes. Dans cette mesure, l'unité de statuts a donc été réalisée.

Serait-il bon qu'elle fut généralisée à toutes les sociétés, et aux individus comme aux sociétés ? Serait-il bon que l'absorption fut complète du droit commercial par le droit civil ?

En matière de sociétés par actions l'absorption sera accomplie, *mais à son heure*.

Il semble bien que les nécessités sociales — sinon les principes purement rationnels — ne demandent jamais autre chose (1).

Vu : Paris, 19 avril 1899.

Le Président de la thèse,

E. THALLER.

Vu

par le Doyen,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

(1) V. Thaller, *Cours de Droit commercial comparé*, Paris, année 1899.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

	Page
BIBLIOGRAPHIE.....	v
INTRODUCTION : Pourquoi est en question la légalité des sociétés civiles à formes commerciales ? — Opposition entre la conception romaine et la conception moderne de la société.....	1

PREMIÈRE PARTIE

CONSTRUCTION DU CODE CIVIL EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉ

CHAPITRE I ^{er} . — Que le fonds social est exclusivement affecté au but de l'entreprise.....	15
SECTION I ^{re} . — <i>Le fait de l'indisponibilité du fonds social pour les associés agissant proprio nomine. Article 1860 Code civil.....</i>	15
SECTION II. — <i>Conséquences du fait</i>	20
§ I ^{er} . — Le fonds social est valablement engagé aux créanciers sociaux.....	20
§ II. — Il est soustrait à la poursuite des ayants cause personnels	21
§ III. — Séparation des patrimoines qui en résulte.....	22
SECTION III. — <i>Explications du fait</i>	22
§ I ^{er} . — Personnalité juridique de la société.....	23

Théories diverses sur le fondement de la personnalité :	
1 ^o Théorie classique de la personnalité fictive....	26
2 ^o Théories exclusives de l'idée de fiction	29
3 ^o Théorie de la personnalité réelle.....	30
§ II. — Système des droits individuels privilégiés.....	34
§ III. — Système du droit commun.....	39
§ IV. — Système historique du patrimoine d'affectation.	48
SECTION IV. — <i>Adoption de la personnalité comme expli-</i> <i>cation du fait de l'indisponibilité du</i> <i>fonds social</i>	51
§ I ^{er} . — Quels sont les adversaires de la personnalité...	51
§ II. — Réfutation des objections faites à l'extériorisa- tion de la société du Code civil.....	54
1 ^o Objection tirée des articles 529 du Code civil et 69, 6 ^o du Code de procédure civile.....	54
2 ^o Objection tirée de la tradition du droit ro- main et de l'ancien droit	56
3 ^o Objection tirée de l'absence de publicité or- donnée pour les sociétés civiles.....	63
4 ^o Utilité pratique de l'extériorisation de la so- ciété.....	66
5 ^o Adhésion de la jurisprudence.....	67
§ III. — Qu'il convient de rattacher cette situation à l'idée de personnalité et non à l'idée d'affec- tation	69
1 ^o Parce que la société civile possède les élé- ments de la personnalité civile.....	69
2 ^o Par raison d'identité avec la situation qua- lifiée personnalité par le droit public....	70
3 ^o Pour la netteté de l'explication qu'elle fournit.	71
SECTION V. — <i>Portée du principe de la personnalité. —</i> <i>Représentation judiciaire de la société..</i>	73

CHAPITRE II. — Que la société civile n'est pas obligatoirement « intuitu personæ ».....	76
§ 1 ^{er} . — Que la composition du personnel de la société peut varier.....	76
§ II. — Que la transmission des parts est d'ailleurs favorisée par leur caractère mobilier.....	78
CONCLUSION.....	81

DEUXIÈME PARTIE

LE CODE CIVIL ET LES FORMES COMMERCIALES

Nature de la difficulté et ordre de démonstration.....	85
CHAPITRE 1 ^{er} . — La société en nom collectif et la solidarité.....	89
§ 1 ^{er} . — La clause stipulant la solidarité des associés est valable en soi	89
§ II. — Que cette clause peut être invoquée par les tiers.....	90
CHAPITRE II. — La commandite et la limitation de responsabilité à l'apport.....	91
SECTION 1 ^{re} . — <i>La clause de limitation de responsabilité est-elle valable en soi ?</i>	92
SECTION II. — <i>Cette clause est-elle opposable aux tiers et dans quelles conditions ?</i>	93
§ 1 ^{er} . — Objection tirée de l'article 1863 C. c. et réfutation : cette interprétation aboutirait à un formalisme inexplicable. — L'article 1863 ne saurait faire échec aux principes du mandat qui permettent aux associés représentés d'opposer la restriction statutaire.....	94

§ II. — Objection tirée des principes mêmes du mandat. — Réfutation.....	400
§ III. — Système d'après lequel les associés non stipu- lants ne seraient en rien engagés vis-à-vis des créanciers sociaux.....	401
§ IV. — Atténuation de fait que la jurisprudence ap- porte au principe de la non opposabilité.....	403
§ V. — La dénomination : « Société civile en comman- dite ».....	406
CHAPITRE III. — L'anonymat	407
§ I ^{er} . — Objection tirée du caractère d'ordre public de l'article 2092 du Code civil, et de ce qu'en conséquence le <i>sujet</i> de l'obligation doit être tenu sur tous ses biens.....	408
§ II. — Réfutation :	
1 ^o Le sujet des engagements de la société est la per- sonne morale société.....	409
2 ^o Au surplus, le sujet de l'obligation n'est pas né- cessairement tenu sur tous ses biens : l'article 2092 n'est pas d'ordre public :	
a) Argument historique.....	410
b) Argument tiré de l'assignat de biens....	412
c) Argument des travaux préparatoires.....	413
d) Argument de ce que l'esprit de la législation est favorable au débiteur.....	414
e) Argument direct tiré de la commandite de l'ancien droit où le commanditaire apparaît comme <i>personnellement</i> tenu... ..	415
CHAPITRE IV. — Les sociétés par actions	418
§ I ^{er} . — Qu'une clause de cessibilité des parts sociales est valable en soi.....	419
§ II. — Qu'elle est opposable aux tiers sans condition..	420

§ III. — Que la nature intime de l'action s'harmonise d'ailleurs avec la conception du Code civil..	123
§ IV. — Que la société par actions est née de besoins communs aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales.....	125
§ V. — Arguments directs fournis par les textes législatifs	129
§ VI. — Que le Code civil admet les caractères contingents habituellement revêtus par l'action :	
1 ^o Négociabilité	132
2 ^o Autres caractères	135
CONCLUSION.....	136

TROISIÈME PARTIE

RÉGIME DES SOCIÉTÉS CIVILES A FORMES COMMERCIALES

CHAPITRE 1 ^{er} . — Régime légal des Sociétés antérieures à la loi du 1 ^{er} août 1893.....	139
§ 1 ^{er} . — Qu'elles ne sauraient être régies que par le Code civil et la loi de leurs statuts.....	139
§ II. — Que les sociétés restant civiles, les conséquences attachées à la nature commerciale leur sont par là même étrangères :	
Faillite	141.
Juridiction consulaire	143
Livres de commerce, etc.....	144
§ III. — Qu'elles ne sont pas astreintes à la publicité de leurs statuts	144
§ IV. — Qu'elles ne sont pas davantage astreintes à une dénomination consacrée	148
§ V. — Qu'elles ne sont pas soumises à la réglementation commerciale	149

§ VI. — Autres conséquences du principe qu'elles sont régies par le Code civil et la loi de leurs statuts :	
1 ^o Preuve du contrat.....	153
2 ^o Fonctionnement de la société.....	155
3 ^o Causes de dissolution.....	155
 CHAPITRE II. — Régime emprunté contractuellement à la législation commerciale.....	157
§ Ier. — La société peut, <i>contractu</i> , se soumettre à la réglementation commerciale.....	157
§ II. — Exceptions tirées de l'ordre public.....	158
§ III. — La prescription de l'article 64 du Code de commerce.....	160
 CHAPITRE III. — Régime légal de la loi du 1 ^{er} Août 1893.....	161
§ Ier. — Sens de la loi. — Commercialisation des sociétés par actions.....	161
§ II. — A quelles sociétés s'applique la loi. — Quelles sociétés il convient désormais de qualifier : sociétés civiles à formes commerciales....	163
§ III. — Nature des actes faits par les sociétés civiles commercialisées.....	163
§ IV. — Transformation des sociétés civiles antérieures à la loi du 1 ^{er} août 1893.....	167
 CONCLUSION	
De l'unité des principes de la législation en matière de société, et de l'opportunité de l'unification du droit privé en général.....	171



GRANDE IMPRIMERIE DE BLOIS.

EMMANUEL RIVIERE, Ingénieur des Arts et Manufactures. X 5624
